JUAN VIDAL, EDITOR

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

COMPILACION METÓDICA

DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN NUESTRAS LEYES CIVILES VIGENTES

CON EXPRESION DE SUS ORÍGENES,

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, CONCORDANCIAS CON LOS PRINCIPALES CÓDIGOS DE OTROS PUEBLOS

Y COMENTARIOS

OBRA ESCRITA Y PUBLICADA

POR

DON MARIO NAVARRO AMANDI

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Académico Profesor de la Matritense de Jurisprudencia y Legislacion

CON LA COLABORACION DE ILUSTRADOS JURISCONSULTOS

Y UN PRÓLOGO DEL

EXCMO. SR. D. EUGENIO MONTERO RIOS

TOMO II





ADMINISTRACION

CALLE DE BORDADORES, 3, MADRID

1880

Madrid 1880.—Imprenta de Enrique Rubiños, plaza de la Paja, número 10.

TÍTULO VI

DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1197.—La obligacion es un vínculo de derecho que sujeta á una persona á dar ó hacer alguna cosa á otra.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. inicial, tít. XIII, libro III, Instituta.

COMENTARIO

El hombre necesita el auxilio, no solamente de las cosas en relacion con las cuales le hemos estudiado como propietario, sinó tambien del de los demas hombres, cuyos actos y bienes puestos en circulacion producen derechos en unos y deberes que cumplir en otros; tal es el fundamento de la obligacion.

Esta, considerada en sí, siempre ha sido la misma; nada ha variado; todas las legislaciociones han hecho al hombre responsable de su cumplimiento. Y si la estudiamos en cuanto al modo como ha sido tratada y comprendida por los distintos pueblos y legislaciones, quizas pudiéramos decir lo mismo, porque tal cual Roma concibió las convenciones inspirándose en la moral más sana, han pasado á nuestro Derecho, si bien despues ha sufrido grandes variaciones.

Vinculum juris quo necessitate adstrigimur alicujus rei solvendus secundum nostre civitatis jura, decía el Derecho Romano que era la obligacion, y las Partidas, aceptando en parte esta definicion, dijeron que era *como ligamento que es fecho segun ley é segun natura.*

Si en Roma era segun el derecho de la ciudad, las Partidas dijeron *segun ley é segun natura*, porque realmente no hay verdadera obligacion si no está arreglada á la ley y á la naturaleza.

Ahora bien: la obligacion, atendido su fin, debía tener por objeto el dar alguna cosa ó prestar algun servicio á otro; era necesaria la intervencion de dos personas, una á quien se debe y otra obligada á cumplir lo convenido, y esto explica la definicion apuntada en nuestro artículo, que á nuestro juicio abraza todos los extremos y da á conocer el verdadero carácter de este modo de adquirir.

Artículo 1198.—Las obligaciones proceden del derecho natural solamente, ó de derecho civil ó de ambos á la vez.

Las primeras, aunque deben cumplirse, no pueden ser exigidas en juício.

Las segundas, si bien tienen fuerza legal son eludidas por una excepcion que las extingue.

Las terceras tienen que ser cumplidas por el que las contrajo, y de no hacerlo, puede ser compelido á ello.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 56, tít. V Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Hacen igual distincion el párr. 1.º, tit. XX, lib. III, Instituta, y las Leyes 1.ª y 8.ª, párr. 6.º, tit. I, lib. XLVI, Digesto.

COMENTARIO

Segun que las obligaciones dimanen del derecho natural, del civil ó de ambos á la vez, se dividen en naturales, civiles y mixtas, y producen distintos efectos.

Cuéntanse entre las primeras todas aquellas que son impuestas por el derecho natural sin que las acompañe el civil. Las contraídas por los pupilos y menores sin autoridad de sus guardadores, las de préstamos hechos á hijos de familia sin consentimiento de los padres y otras varias que no es preciso citar, son obligaciones que naturalmente deben cumplirse y que en cuanto á sus efectos debemos decir, que si no puede apremiarse al cumplimiento de ellas, una vez llevadas á cabo y cumplidas, no puedan ya deshacerse, y son tambien susceptibles de ser garantidas con fianzas, en cuyo caso, áun cuando el principalmente obligado no será compelido á su cumplimiento, sí lo será el fiador.

Las obligaciones meramente civiles no van acompañadas del derecho natural. A ellas pertenecen las contraídas por dolo ó fuerza, vicios que se oponen á su validez, y por consiguiente que no es obligatorio en ellos su cumplimiento; mas como siempre se supone que fueron voluntariamente contraídos, subsistirán como válidas miéntras no se prueben y justifiquen los vicios de que adolecen.

Las que verdaderanfente pueden llamarse obligaciones son las procedentes del derecho natural y civil. El primero les da vida, y el segundo las sanciona, de modo que el obligado se halla sujeto al cumplimiento y puede ser compelido á llevarlas á cabo contra su voluntad.

Bastan estas ligeras consideraciones para conocer la naturaleza de estas clases de obligaciones, y no nos detenemos á enumerar sus efectos porque han de tener más ámplia explicacion en su lugar correspondiente.

No todos los Códigos hacen mérito de ellas, y en verdad, que si científicamente hablando, pueden ser base de una clasificacion general que sirva de punto de partida para el estudio de las obligaciones, no sucede lo mismo cuando se trata de llevarlas á práctica estableciendo los medios más adecuados para que no se falte al cumplimiento de las contraídas por los individuos. Son, sin embargo, de ley, y no podíamos prescindir de consignarlas, áun cuando las meramente civiles no tengan una definicion legal que las caracterice.

Desde luégo debemos distinguir las obligaciones nacidas de la ley de las que proceden de un hecho jurídico. El sólo nacimiento es causa de obligaciones; la ley las produce igualmente; pero no son éstas las que deben ocupar ahora nuestra atencion, sinó las que tienen por orígen un hecho jurídico donde intervengan dos ó más personas estableciendo relaciones que liguen á unas con otras.

El Derecho Romano señalaba como fuentes de las obligaciones el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito; pero esta clasificacion juzgada á la luz de los nuevos principios ha dejado de ser exacta, y áun cuándo existen obligaciones nacidas de delito, la ciencia nos enseña que sus fuentes son ó el contrato ó un hecho puramente personal.

Artículo 1199.—Contrato es el convenio por el que dos ó más personas quedan obligadas entre sí á dar alguna cosa ó prestar algun servicio.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1101 Cod. Francia.—806 Vaud.—518 Tesino.—984 Valais.—881 Neufchatel.—1104 Bolivia.—1270 y 1349 Holanda.

Admiten el mismo principio, aunque con alguna variacion, los arts. 1754 Cod. Luisiana.—1.º, tít. V, par. 1.ª Prusia.—641 Portugal.—1098 Italia.—Ley 3.ª, tít. VII, lib. XLIV, y 3.ª, párrafo 3.º, tít. XIV, lib. II, Digesto.

COMENTARIO

Con dificultad encontraremos dos autores que al tratar de los contratos estén de acuerdo sobre su definicion. Nosotros, teniendo en cuenta lo que las Partidas dicen al definir la promision, y que el contrato no es en rigor otra cosa que un acuerdo de dos ó mas personas sobre un

punto de derecho, lo definimos diciendo que es el convenio por el cual aquéllas quedan obligadas á dar alguna cosa ó prestar algun servicio, únicos hechos que pueden producirse por la obligacion.

El contrato es necesario para el hombre; no puede éste sin él atender á sus necesidades, y por esto desde que la sociedad existe hay contratos que la ley, dada la naturaleza especial de cada uno, ha procurado confirmar, dándoles vida para que su cumplimiento no dependa solamente de la buena fe de los particulares.

Esta fuerza coercitiva que da eficacia á los contratos ha tenido distinto fundamento, segun las escuelas que han tratado de explicarla. La propia libertad individual, el pacto celebrado por los hombres al vivir en sociedad, el abandono de unos al lado de la actividad de otros, la utilidad individual y la social, el concepto mismo del bien en su sentido moral que debe acercarse al derecho hasta donde éste consiente, etc., etc., han sido otras tantas bases que han servido á diversas escuelas para explicar la razon del contrato jurídico.

En nuestro sentir, sobre aquellos principios existe otro que tenemos por el fundamento verdadero de la fe de los contratos que las leyes hacen exigible por un medio práctico ante los Tribunales, y es que siendo la contratacion un elemento de vida indispensable, de tal modo que sin ella el fin humano dejaría de ser posible, como desde luégo se comprende, una vez conocida la naturaleza social del hombre, el ataque al contrato se traduce en un ataque al mismo fin humano, y por consiguiente sin la garantía legal de aquél éste no se realizaría. O en otros términos, existiendo entre el vínculo jurídico en que consiste la obligacion y el fin del hombre una relacion de medio á fin, siendo éste necesario, no puede ménos de serlo tambien aquél, y por eso cae de lleno dentro del Derecho que le presta aquella fuerza coercitiva.

Artículo 1200.—El contrato es gratuito cuando se hace otorgando un beneficio á otro por pura liberalidad; y oneroso cuando las partes contratantes adquieren derechos y contraen obligaciones recíprocamente.

ORÍGENES

Proemio de la Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1105 y 1016 Cód. Francia.—1350 Holanda.—1765 y 1766 Luisiana.—7.º y 8.º, tít. V, parte 1.ª Prusia.—642 Portugal.

COMENTARIO

La division de los contratos, hecha en el proemio de la Partida 5.ª por razon de las ventajas ú obligaciones contraídas en los mismos no ha sido impugnada ni rehazada por los Códigos: *son los unos de gracia é de amor que se facen los unos á los otros: é los otros son por razon de su pro de amas las partes*; llámanse gratuitos en el primer caso y onerosos en el segundo.

Los onerosos pueden subdivirse en conmutativos y aleatorios, segun que una de las partes se obliga á dar ó hacer cosa cierta, equivalente á la que recibe, ó que las ganancias y pérdidas dependan de un acontecimiento incierto.

Ademas de estas divisiones hay algunas otras que si bien no se hallan consignadas taxativamente en las leyes, son admitidas por éstas y sancionadas por la práctica. Segun ellas, los contratos se dividen : 1.º, en unilaterales, bilaterales é intermedios ; 2.º, en reales, verbales, literales y consensuales ; 3.º, de buena fe y de estricto derecho; 4.º, principales y accesorios.

Los unilaterales son aquellos por los cuales sólo queda obligado uno de los contratantes, y tiene accion directa el otro para exigir su cumplimiento.

En los bilaterales quedan obligados desde el principio ambos contratantes con accion directa uno y otro para exigirse mutuamente el cumplimiento de la obligacion.

En los intermedios, uno de los contratantes se obliga desde el principio y el otro por un hecho posterior, razon por la cual producen inmediatamente una accion directa, y posteriormente otra contraria para indemnizarse el primer obligado.

Entre los unilaterales se cuenta el mutuo, entre los segundos la compra-venta y entre los intermedios el comodato.

Por el modo en que se celebran los contratos, son reales cuando requieren la entrega de una cosa ó prestacion de un hecho ademas del convenio; verbales cuando toman su fuerza de la conformidad entre la pregunta y la respuestas de los contrayentes ; literales si dependen de una confesion escrita, y consensuales los que se perfeccionan por el solo consentimiento.

El principio general consignado en la ley del Ordenamiento de que en cualquier manera que

uno parezca obligarse quede obligado, ha servido á muchos de base para suponer comprendidos entre los consensuales á los reales, pero nosotros, aunque no negamos que dicha ley introdujo una gran reforma destruyendo las formas de la estipulacion romana, no le damos la extension que le han atribuído, y creemos que en nada cambió las condiciones intrínsecas de aquéllos, que están en su misma naturaleza, y para cuyo cumplimiento hay leyes especiales que la reglan y determinan, segun declaraciones del Tribunal Supremo apuntadas en artículos posteriores. No decimos lo mismo respecto á los contratos verbales y literales, porque difícilmente podrán sostenerse como tales despues de la publicacion de las leyes recopiladas. Si hoy no cabe diferenciar los verbales de los consensuales, porque la congruencia entre la pregunta y la respuesta que caracteriza á los primeros, puede preceder á toda clase de contratos, ménos razon de ser tienen los literales, no existiendo ya aquel sistema seguido por los romanos para llevar sus libros de crédito.

Hay, sin embargo, obligaciones que deben constituirse en escritura pública, como sucede, por ejemplo con el censo enfitéutico.

Son contratos de buena fe aquellos en que las cuestiones sobre los mismos suscitadas deben ser juzgadas y sentenciadas con arreglo á la equidad; y contratos de derecho estricto aquellos en que no puede atenderse para la resolucion de las cuestiones que se susciten más que á lo establecido por las leyes.

Por último, llámanse contratos principales á los que existen por sí independientemente de otros, y accesorios á los que para su existencia necesitan unirse á otros y sirven de garantía, como por ejemplo, la fianza y la hipoteca.

CAPÍTULO II

DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

SECCION PRIMERA

DE LA CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES

Artículo 1201.—Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por las leyes.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1123 Cód. Francia.—1365 Holanda.—1775 en su primera parte Luisiana.—823 Vaud.—1117 Friburgo.—523 Tesino.—902 Neufchatel.—1016 Soleure.—1117 Bolivia.—1105 Italia.—644 Portugal.—Ley 21, título XXXV, libro IV, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Para la validez de las contratos no basta que las personas que en ellos intervienen tengan capacidad para obligarse (Sent. 30 Noviembre 1865).

COMENTARIO

Toda obligacion, como acto complejo que es, en cuanto á los elementos que la constituyen, necesita ciertos requisitos para su validez. Estos requisitos pueden ser esenciales, naturales y accidentales, segun que afecten á la existencia del contrato ó que existiendo de un modo natural puedan ser alterados por los contratantes, ó que deban su nacimiento exclusivamente al convenio de éstos, sin que formen parte del mismo.

Ni de los naturales ni de los accidentales debemos ocuparnos, porque al tratar de cada contrato en particular lo haremos oportunamente; pero si vamos á hacerlo de los esenciales, que

por ser comunes á toda clase de contratos, no pueden éstos existir sin ellos.

El Proyecto de Codigo, de acuerdo con algunos modernos, empieza por enumerar los requisitos esenciales de los contratos, pero no haciéndolo nuestras leyes, nos limitaremos á tratarlos separadamente, examinando las circunstancias que cada uno debe reunir.

El artículo presente empieza por dar la regla general que acerca de la capacidad establecen siempre las Partidas, y segun ellas podrán contratar todos los que no están declarados incapaces por la ley, principio que establecido de este modo, facilita mucho el averiguar quiénes serán capaces para contratar, estudiando las excepciones establecidas al principio por las leyes.

Artículo 1202.—Son incapaces para contratar:

1.° El loco, el desmemoriado y el menor de siete años.

2.° El pródigo, el menor de catorce años y el menor de veinticinco sin autorizacion del curador, excepto en aquello que les fuere provechoso.

3.° El hijo con el padre ni con otras personas extrañas miéntras esté bajo la patria potestad, como no sea de los bienes respecto de los cuales se considera emancipado.

4.° La mujer casada en los casos señalados por la ley.

ORÍGENES

Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. XI, Partida 5.ª
Leyes 7.ª y 8.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.
Leyes 11 y 17, tit. I, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1124 Código Francia.—865 Austria.—1366 Holanda.—1775 Luisiana.—824 Vaud.—1118 y 1119 Friburgo.—524 y 525 Tesino.—903 Neufchatel.—1130 Bolivia.—1106 Italia.—10 al 20, tít. V, párr. 1.° Prusia.—Leyes 1.ª, párr. 12 y 13; 6.ª, tít. VII, lib. XLIV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Marzo 1868.
Sent. 17 Junio 1874.

Los contratos celebrados entre marido y mujer son nulos, segun los principios de derecho, fuera de los casos expresamente exceptuados en las leyes (Sent. 23 Junio 1855).

La ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., en nada altera las prescripciones del Derecho relativas á la aptitud y capacidad legal de los contrayentes para obligarse, y por lo tanto no se infringe dicha ley declarando nulo un contrato celebrado por una persona en estado de embriaguez (Sentencia 6 Noviembre 1858).

Contra el contrato celebrado por el menor con intervencion de su guardador no se concede accion de nulidad como tal menor (Sent. 2 Junio 1858).

La licencia del marido indispensable para que la mujer casada pueda obligarse, se ha establecido por la ley á favor de aquél para evitarle los perjuicios y daños que de otro modo se le irrogarían, no bastando para que dicha licencia produzca sus efectos legales el que se suponga ó se presuma, sinó que es necesario conste sin género alguno de duda (Sents. 25 Setiembre 1861 y 12 Junio 1863).

Segun la ley 59 de Toro, á falta de la licencia marital es indispensable para la validez de los contratos celebrados por una mujer casada en ausencia de su marido la previa y justificada licencia del juez (Sent. id. id. id.).

La licencia marital, indispensable para la validez de los contratos celebrados por la mujer casada, lo mismo puede prestarse en escritura ó documento que manifestarse con actos, siempre que de ellos se deduzca sin género alguno de duda que el marido consintió y aprobó la obligacion contraída por su mujer (Sent. 10 Octubre 1861).

Las leyes que sólo exigen la licencia del marido para que su mujer pueda contraer eficazmente, se refieren á la que está en la mayor edad (Sent. 18 Setiembre 1862).

La cuestion relativa á la capacidad mental de los contratantes, necesaria para la validez de los contratos, es de mero hecho y de la competencia de la Sala sentenciadora, que debe resolverla apreciando, con arreglo á sus facultades, las pruebas suministradas acerca de ella por los litigantes (Sent. 23 Febrero 1867).

Cuando una mujer casada celebra un contrato por cuenta propia con poder, asistencia y consentimiento expreso de su marido, estas circunstancias legitiman dicho contrato, segun lo disponen les leyes 55 y 56 de Toro, ó sean las 11 y 12, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 16 Noviembre 1869).

La ley 5.ª, tít. XI, Partida 5.ª, que prohibe

contratar á los pródigos y á los menores, no se concreta al caso en que si bien se dice que al padre del recurrente se le prohibió la enajenacion de bienes, ni se expresa la época en que se decretó, ni si esta prohibicion ejecutoria, constando que se alzó sin duda á solicitud del mismo en cuya virtud la Sala sentenciadora ha estimado eficaz el contrato otorgado por aquél, sin que por lo mismo se haya infringido la mencionada ley (Sent. 4 Octubre 1876).

La ley 11, tít. I, lib. X, de la Nov. Rec., ó sea la 55 de Toro, que prohibe á la mujer celebrar contratos sin licencia de su marido, se ha de entender y aplicar siempre en relacion con su ampliatoria, la 58 del mismo Código, que autorizó al marido ratificar lo hecho por la mujer sin su licencia (Sents. 10 Octubre 1861, 20 Noviembre 1867 y 30 Enero 1872).

La prohibicion á la mujer casada de celebrar contratos sin licencia de su marido no puede extenderse en sus efectos al de que si aquélla hubiere pactado una cantidad, no está obligado el que la recibió á satisfacerla (Sent. 14 Noviembre 1862).

No puede desconocerse la fuerza legal de un instrumento público otorgado con una mujer casada con licencia y consentimiento de su marido y concurriendo en él todos los requisitos y solemnidades establecidos por la ley para su validez (Sent. 7 Marzo 1864).

Cuando la mujer se obliga individual y colectivamente, prevía formal licencia del marido, la obligacion es firme y valedera, sin que la sentencia que así lo declara infrinja la expresada ley 61 de Toro (Sent. 16 Febrero 1866).

Si bien, segun la ley 11, tít. I, lib. X, de la Nov. Rec., la mujer casada con licencia general de su marido puede válidamente contratar y hacer todo lo que sin licencia la está prohibido, esta autorizacion no comprende, ni por lo tanto legitima, los contratos en que se obligue mancomunadamente con el expresado su marido, ni aquellos en que se constituya su fiadora, en conformidad á la 3.ª, título XI del mismo libro (Sent. 30 Enero 1868).

La licencia marital exigida por la ley 11, título I, lib. X de la Nov. Rec., ó sea 55 de Toro, para la validez de los contratos otorgados por la mujer, lo mismo puede prestarse en escritura ó documento, que manifestarse por actos demostrativos, sin género de duda, de que el marido consiente y aprueba la obligacion contraída por la mujer. Con arreglo á la ley 14 del expresado título y libro, 58 de Toro, el marido puede ratificar con iguales actos lo hecho por su mujer sin su licencia. Para la acertada inteligencia de la ley 58 de Toro debe combinarse lo dispuesto en ésta con lo determinado en la 58, que es su ampliatoria (Sent. 9 Octubre 1868).

COMENTARIO

La primera excepcion introducida al principio general ántes consignado, es la que se refiere á los que por falta de razon, por ser desmemoriados ó por no tener edad, se hallan imposibilitados para contraer obligaciones; *mas si el loco ó desmemoriado en algun tiempo recobrase su sentido, é su sanidad, el pleito que fiziere en tal tiempo vala, maguer que despues torne en locura* (ley 7.ª Fuero Real), porque la enfermedad es un estado anormal en la vida del hombre y no puede servir de base para aplicarla de un modo general á todos los momentos en que aquella no exista.

No sucede lo mismo con el menor de siete años; éste no tiene discernimiento miéntras dura su infancia y se halla imposibilitado para contratar.

Igual principio rige para los pródigos, menores de catorce y veinticinco años que teniendo guardador contrataren sin su intervencion; pero la ley, siguiendo al Derecho Romano, les reconoce cierta capacidad, en el mero hecho de considerar válidos los contratos celebrados por ellos en cuanto les fueran provechosos, porque establecida la tutela y curaduría con el objeto de evitar á los pupilos y menores el peligro de ser engañados en las obligaciones que contraigan, deja aquélla de ser precisa desde el momento en que éstas, siendo beneficiosas, alejan todo temor de engaño.

El pródigo es comparado por la ley á los furiosos *como desgastador de sus bienes* y cuando la prodigalidad, que muchas veces suele ser hija de otros vicios desastrosos, trasciende á las familias y al órden público, debe el legislador reprimirla imponiéndole restricciones.

Habla la ley del menor de veinticinco años en el caso de tener curador, porque, como sabemos, no era en Roma obligatoria la curaduría, y dada esta doctrina copiada por las Partidas, debían éstas distinguir el caso de existir ó no curador para fijar la capacidad de los menores en uno ú otro.

La patria potestad hace al hijo dependiente del padre, de tal modo que le priva de personalidad propia, y naturalmente no podía la ley re-

conocérsela para contratar, no solamente con su padre, con quien los vínculos estrechos que le unen hacen imposible entre ellos contrato alguno, sinó tambien con otras personas; pero el legislador no olvidó que en ciertos bienes era el hijo dueño y árbitro de disponer de ellos; tales son su peculio castrense y cuasi-castrense, y dispuso que en estos bienes puede contratar con sus padres y con personas extrañas. En saliendo de la patria potestad, el hijo puede libremente contratar.

Otra de las incapacidades consignadas en la ley es la que se refiere á la mujer casada, cuando contrata sin licencia de su marido miéntras dura el matrimonio, pues aunque algun autor ha supuesto que la incapacidad subsiste áun despues de declarado el divorcio, nosotros creemos que tal suceso no solamente afecta al estado de las personas, sinó tambien á la administracion de bienes, y así ha venido á expresarse tambien la ley de Matrimonio civil al declarar que no podrá ejercer las facultades que le están declaradas el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, que se halle ausente en ignorado paradero ó que esté sometido á la pena de interdiccion civil.

A estas prohibiciones generales pueden agregarse otras particulares para celebrar algunos contratos, que estudiaremos cuando nos ocupemos de éstos.

Artículo 1203.—El mayor de catorce años y menor de veinticinco que no tuviere curador, puede obligarse, salvo su derecho á la restitucion en caso de salir perjudicado.

ORÍGENES

Ley 5.ª, párr. 2.º, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 3.ª, tít. XXVIII, lib. II, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Marzo 1868.

Es válido el contrato en que interviene un menor, áun sin asistencia de curador, cuando no sólo no reclama dentro del tiempo legal el beneficio de restitucion que la ley le concede por daño que en él sufriera, sinó que confirma y ratifica con sus hechos dicho contrato, pidiendo y sosteniendo su cumplimiento (Sent. 21 Enero 1865).

Las leyes 4.ª y 5.ª, tít. XI, Partida 5.ª, si bien ordenan que sean válidos los prometimientos hechos por los mayores de catorce años y menores de veinticinco que no tuvieren guardador ó que teniéndolo lo verificasen sin su otorgamiento, salvo el beneficio de la restitucion, dichas disposiciones no se refieren ni podían referirse á las ventas de sus bienes raíces, respecto de las cuales otras leyes han prescrito reglas y solemnidades especiales, á las que se hallan subordinados los preceptos de aquéllas (Sent. 28 Noviembre de 1863).

COMENTARIO

No reconociendo como obligatoria la curaduría el Derecho Romano, debía naturalmente considerar válidos los actos celebrados por el menor de veinticinco años que no tuviere curador, concediéndoles el beneficio de restitucion para el caso en que aquellos actos le fueran gravosos. Tal es el motivo de la disposicion consignada en las Partidas, tomada de aquel derecho, y aunque hoy es poco probable este caso, desde que por la ley de Enjuiciamiento civil no puede ménos de reputarse obligatoria la curaduría, al explicar la disposicion de las Partidas, tenemos que acudir á sus precedentes.

SECCION SEGUNDA

DEL CONSENTIMIENTO

Artículo 1204.—El consentimiento en los contratos ha de ser libre.

No es válido el consentimiento prestado por miedo, fuerza, error ó dolo.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. V, Partida 5.ª
Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 49, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª
Ley 21, tít. V, Partida 5.ª
Leyes 7.ª y 9.ª, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 4.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1109 Cód. Francia.—1357 Holanda.—1813 Luisiana.—810 Vaud.—1123 Friburgo.—528 Tesino.—993 Valais.—889 Neufchatel. — 1106 Bolivia.—1026 Soleure.—1108 Italia.—Leyes 1.ª, tít. II, 1.ª, tít. III, libro IV, Digesto; 116 de *regulis juris*.

JURISPRUDENCIA

La ley 34, tít. XIV, Partida 5.ª, prescribe, léjos de repelerla, la declaracion de nulidad del contrato en casos específicos de dolo (Sentencia 20 Mayo 1864).

Cuando falta el consentimiento de las partes, no puede haber contrato ni convenio alguno legal y exigible (Sent. 2 Octubre 1867).

Los contratos pueden anularse cuando se demuestran los vicios intrínsecos que han mediado en ellos (Sent. 8 Mayo 1869).

Si bien la ley 28, tít. XI, Partida 5.ª, declara nulas las obligaciones constituidas por miedo, fuerza ó engaño, no es aplicable dicha ley cuando la única excepcion que se alega por el que contrajo la obligacion, es la del temor que le causaron sus antecedentes políticos, sobre lo que, practicadas pruebas, que apreció la Sala, contra cuya apreciacion no se alegó infraccion de ley ó de doctrina, se determinó que no existía verdadera causa de miedo (Sent. 27 Diciembre 1869).

Los pactos contrarios á la equidad y á la ley son nulos con arreglo á lo dispuesto en la ley 28, tít. XI, Partida 5.ª, la cual se infringe por la sentencia que da valor á dichos pactos (Sentencia 9 Abril 1870).

No habiendo intervenido miedo, ni fuerza, ni engaño en un contrato, ni probádose su simulacion, es indispensable pasar por su tenor, sin que por ello se infrinja la ley 28, tít. XI, Partida 5.ª (Sent. 5 Febrero 1874).

COMENTARIO

El consentimiento es el alma del contrato, y para que pueda reputarse como verdadero y nazca de él obligacion, segun lo dispuesto en la célebre ley del Ordenamiento, es preciso que sea libre, *e si alguno lo ficiese a miedo non valdria* (ley 3.ª, tít. V, Partida 5.ª). Tal ha sido el principio consignado con más ó ménos claridad en todos los códigos ya desde el Fuero Juzgo. Por consiguiente, no hay consentimiento cuando interviene el miedo, la fuerza, el error ó engaño en su prestacion, cuya doctrina se halla tambien consignada en las leyes apuntadas en los orígenes, en las 49 y 34, tít. V, de la misma, en la 7.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª y en otras varias que no hace falta citar y que se refieren á casos especiales.

Artículo 1205.—Hay fuerza, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una violencia física irresistible.

Hay miedo, cuando se inspira á uno de los contrayentes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 15, tít. II, Partida 4.ª
Ley 56, tít. V, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª
Leyes 7.ª y 9.ª, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 4.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Se halla contenida la misma doctrina con ligeras excepciones en los arts. 1111, 1112 y 1113 Cód. Francia.—1359 al 1362 Holanda.—666 Portugal.—1845 al 1848 Luisiana.—809 á 812 Vaud.—679 Berna.—1227 al 1229 Friburgo.—994 Valais.—891 al 894 Neufchatel.—1109 al 1113 Italia.—1108 al 1111 Bolivia.—Leyes del tít. II, lib. IV, Digesto; tít. LIII, lib. II; y 5.ª, tít. XX, lib. I, Código Romano.

COMENTARIO

Segun la ley 15, tít. II, Partida 4.ª, *la fuerza se debe entender desta manera; quando alguno aduzca contra su voluntad, o le prenden o ligan o le facen otorgar el casamiento. E otrosi el miedo se entiende, quando es fecho en tal manera, que todo ome maguer fuesse de gran corazon, se temiesse del; como si viesse armas o otras cosas con quel quissiessen ferir o matar o le quissiessen dar algunas penas; o si fuesse manceba virgen e la amenazassen que yacerian con ella si non otorgasse aquel matrimonio.*

Algunas otras leyes de Partida, en union del Fuero Juzgo y Fuero Real, vienen á expresarse en el mismo sentido, de cuyas disposiciones se deduce que la fuerza para producir la nulidad del contrato ha de ser caracterizada, de suerte que no se considera como fuerza cualquier acto que sólo pueda constituir amenaza; y debe ser ademas injusta porque no puede considerarse nulo *el pleito que se faga en prision derecha* (ley 4.ª, Fuero Real), ó lo que es lo mismo, nunca hay violencia cuando se procede conforme el derecho manda.

De las palabras de la ley se deduce igualmente en cuanto al miedo, que debe ser en primer lugar grave y en segundo término presente, esto es, que la intimidacion sea de tal suerte que produzca su efecto áun en personas de gran corazon, y que no puede precaverse por el tiempo, porque si así no fuera dejaría de ser intimidacion.

Excusado es decir que el temor reverencial no anula los contratos y sí produce su nulidad la intimidacion que se haga tanto á la misma persona como á cualquiera de sus parientes, sea quien quiera su causante.

Artículo 1206.—Para que el error invalide el consentimiento, ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, y no en el nombre de la misma ni en la persona con quien se pacta; á no ser que la consideracion de ésta hubiere sido la causa principal del contrato (*a*).

El error de derecho no anula el contrato (*b*).

ORÍGENES

(a) Leyes 20 y 21, tít. V, Partida 5.ª
Ley 10, tít. II, Partida 4.ª
(b) Ley 20, tít. I, Partida 1.ª
Ley 31, tít. XIV, Partida 5.ª
Sents. del T. S. 20 Febrero 1861.
Sents. 9 Mayo y 18 Diciembre 1867.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1110 Cód. Francia.—871 al 873 Austria.—25, cap. IV, lib. I, Baviera.—1358 Holanda.—811 Vaud.—1124 y 1125 Friburgo.—993 Valais.—890 Neufchatel.—1025 Soleure.—1110 Italia, solamente en cuanto al error de hecho.—Ley 1.ª, tít. VI, lib. XXII, 9.ª, tít. I, lib. XVIII; 65, párr. 1.º, tít. I, lib. XLV, Digesto.—2.ª, tít. XVIII, lib. I, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 8 Febrero 1869.

Los actos ó convenios celebrados con error por ignorancia de un hecho esencial, no pueden tener valor ni fuerza legal conforme á derecho (Sent. 24 Setiembre 1866).

El error ó ignorancia de hecho debe probarse por quien se alega, cuando no se reconoce por su competidor (Sent. 14 Mayo 1168).

El error de derecho no anula el contrato, ni vale de excusa, como dice la ley 31, tít. XIV, Partida 5.ª (Sents. 18 Diciembre 1867, 25 Octubre 1873 y 10 Diciembre 1873).

No es causa de nulidad de un contrato la ignorancia de un hecho que no se refiere á las condiciones constitutivas del mismo, sinó á consecuencias extrañas y anteriores á él (Sentencia 8 Abril 1873).

Si bien es cierto que el error grave de hecho invalida el consentimiento, y por consiguiente, el contrato en que ha tenido lugar, como lo ha declarado el Tribunal Supremo, no lo es ménos que no es de los que invaliden el consentimiento para el contrato, el que se refiere, no á hechos desconocidos, sinó á circunstancias personales que debían constar á los contratantes (Sent. 20 Enero 1875).

COMENTARIO

Con arreglo á las leyes 20 y 21, tít. XI, de la Partida 5.ª, el error vicia el consentimiento siempre que recaiga sobre objeto ó cosa sucedida; mas si el error es de derecho ó proveniente de desconocer las disposiciones legales, no anula el contrato, segun tiene repetidamente establecido el Tribunal Supremo, porque como dicen la ley 20, tít. I, Partida 1.ª, y la 31, título XIV, Partida 5.ª, al declarar no escusable la ignorancia del derecho, el que tiene que regirse por él debe conocer las leyes.

El error de hecho debe recaer sobre la sustancia de la cosa y puede afectar á la cosa misma, á la causa del contrato, á la persona y á la naturaleza de la obligacion. Cuando recae en la cosa, ya por creer que es otra distinta de la que se trata, ya por ser de diferente materia de lo que se contrató, como si en vez de plata fuere de laton, no hay consentimiento.

Tampoco existe este en cuanto á la causa cuando por creerse uno deudor de otro estipulase con el acreedor el medio de satisfacer la deuda y luégo resultare que ésta no existia; no sucede esto, sin embargo, cuando la causa sea impulsiva del contrato, por ejemplo, que uno comprase una cosa por creer que le hacía falta y no fuera así; en este caso no se anula el contrato.

Por error en cuanto á la persona sólo es nulo el contrato cuando la consideracion á ella ha sido la causa principal del mismo, mas no si el error fue sólo en el nombre.

No ofrece ninguna duda tampoco el error en cuanto á la naturaleza de la obligacion, porque si uno cree comprar á quien sólo pensaba en arrendar ó trasferir el uso de la cosa, existe completo desacuerdo entre las partes y falta lo esencial para el convenio.

Por último, no anula el contrato el error en las cualidades accidentales de la cosa, porque el ser una cosa mejor ó peor de lo que se creía, es cuestion que en nada afecta á la esencia del contrato.

Artículo 1207.—Hay dolo cuando con palabras ó maquinaciones de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que en otro caso no se hubiera otorgado.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVI, Partida 7.ª

Leyes 57 y 62, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1116 Cód. Francia.—1364 Holanda.—85, tít. IV, parte 1.ª Prusia.—1844 Luisiana.—817 Vaud.—1130 Friburgo.—999 Valais.—886 Neufchatel.—1115 Italia.—Leyes 1.ª y 7.ª, tít, III, lib. IV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El dolo *causante*, ó sea aquel sin cuyo concurso no se hubiera celebrado el contrato, lleva en sí la nulidad de ésto (Sents. 20 Mayo 1864 y 24 Setiembre 1867).

Cuando no resulta probado el dolo, ántes al contrario, los antecedentes del negocio excluyen toda idea de él, la sentencia que la da por válida una obligacion no infringe la ley 57, título V, Partida 5.ª (Sent. 30 Diciembre 1865).

Fundada una demanda esencialmente en el hecho de no haber dado orígen á un contrato, el error y el dolo á que se refieren las leyes 57 y 62, tít. V, Partida 5.ª, y habiéndolo justificado el demandante á juicio de la Sala juzgadora, la sentencia que declara nulo dicho contrato no infringe la primera de las expresadas leyes (Sentencias 24 Setiembre 1867 y 11 Enero 1869).

Reconociéndose por una ejecutoria la existencia del dolo como orígen de un contrato y sus efectos legales, y siendo consecuencia necesaria la declaracion de nulidad de dicho contrato, no son aplicables al caso las leyes y doctrinas sobre la procedencia ó improcedencia de la accion de nulidad por lesion enormísima (Sent. id. id. id.).

El dolo nunca se presume (Sent. 28 Octubre 1867).

Cuando no existe dolo no pueden tener aplicacion las leyes 2.ª, tít. XXI, lib. II del Código, *De dolo malo*; ni la 6.ª del mismo título y libro, referentes á que el dolo puede probarse por indicios (Sent. 4 Junio 1869).

El principio de que el dolo no aprovecha á la persona que lo comete no tiene aplicacion cuando no se prueba la existencia del dolo (Sentencia 28 Junio 1869).

La cuestion de si ha existido en un contrato engaño constitutivo de dolo, es de hecho, y ha de estarse á la apreciacion que de las pruebas haga la Sala sentenciadora, si contra ella no se alega que al hacerla se ha cometido infraccion de ley ó doctrina legal (Sents. 8 Noviembre 1869, 29 Diciembre 1869, 29 Abril 1873, 11 Ju-

lia 1873, 30 Junio 1874, 26 Octubre 1874 y 5 Enero 1875).

No tienen aplicacion las leyes y doctrinas relativas al dolo, cuando por no haberse probado su existencia, la ejecutoria no lo toma en consideracion ni lo resuelve (Sent. 5 Abril 1870).

A la Sala sentenciadora corresponde, en uso de sus facultades, apreciar, en vista del resultado de las pruebas, si en un contrato ha habido engaño en más de la mitad del justo precio, ó dolo causante ó incidente, á cuya apreciacion hay que atenerse, si contra ella no se alega que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 22 Diciembre 1866).

COMENTARIO

Nuestro artículo se refiere al dolo *causante*, esto es, al que da causa al contrato. De él dice la ley que *es engaño e palabras mentirosas o encubiertas o coloradas, que dizen con intencion de los engañar e de los decebir. E a este dolo dizen en latin* DOLUS MALUS *que quiere dezir como mal engaño.*

El dolo *incidente* respecto del cual no tenemos ninguna ley de carácter general, pues la 57, tít. V, Partida 5.ª, se refiere únicamente á la compra y venta, no produce la nulidad de los contratos, pero da lugar á la correspondiente indemnizacion por el engaño (Véase lo que sobre el mismo decimos en el título de Compra y venta).

El dolo causado por un tercero no anula el contrato, al contrario de lo que sucede con la fuerza, porque si ésta vicia el consentimiento, el dolo de un tercero no impide el que las partes hayan contratado, y sólo da lugar á reclamacion de daños y perjuicios contra el causante. En la fuerza, como ya hemos visto, se anula el contrato áun cuando proviniere de un tercero.

Artículo 1208.—Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, será válida la obligacion en que intervino violencia, miedo ó dolo, si despues cumple por sí lo que prometió el que fué obligado, sin que para ello se le apremie ni se le intimide, ó deja pasar el tiempo marcado en las leyes para ejercitar las acciones correspondientes.

ORÍGENES

Ley 15, tít. II, Partida 4.ª
Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 49, tít. XIV, de la misma.
Ley 65, tít. V, de la misma.

CONCORDANCIAS

Análoga disposicion contienen los Arts. 1115 Cód. Francia.—1363 Holanda.—1848 Luisiana. —816 Vaud.—1132 Friburgo.—896 Neufchatel. —1112 Bolivia.

SECCION TERCERA

DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DE LOS CONTRATOS

Artículo 1209.—Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras, con tal que puedan existir.

ORÍGENES

Leyes 20, 21 y 22, tít. XI, Partida 5.ª
Leyes 11 y 15, tít. V, de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1128, 791 y 1130 Cód. Francia.—1368, 1109 y 1369 Holanda.—1757 y 1881 Luisiana.—829 y 831 Vaud.—1138 y 1139 Friburgo.—532 y 533 Tesino.—908 y 909 Neufchatel.—1124 y 1126 Bolivia.—1116 y 1117 Italia.—Ley 8.ª, tít. I, lib. XVIII, Digesto, en ambos arts. 58, tít. V, parte primera Prusia.—684 Berna.—527 Lucerna, párr. 2.°, tít. XX, lib. III, Instituta; ley 34, párr. 1.°, tít. I, lib. XVIII, Digesto; 30, tít. III, lib. II, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Los contratos deben reputarse válidos miéntras no se solicite previamente y se declare su nulidad, segun la doctrina establecida por el Tribunal Supremo (Sents. 25 Octubre 1873 y 26 Noviembre 1873).

Si bien la base y norma para resolver las obligaciones y derechos que emanan de los contratos es en primer término la voluntad esplícita y terminante de los contrayentes, ésta se subordina siempre á lo lícito y posible, y habida consideracion al objeto de la estipulacion que aquéllos se propusieran (Sent. 4 Diciembre 1873).

COMENTARIO

No puede existir contrato sin objeto sobre que verse, por cuya razon las leyes han tratado de señalar las cosas que podian ser materia de obligaciones, fijando tambien las que no deben serlo.

La primera condicion exigida por la ley al objeto del contrato es que recaiga en cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, esto es, que puedan ser materia de circulacion y libre tráfico, y entre las que no reunen este requisito cuentan las leyes 15, tít. V y XXII, título XI, Partida 5.ª, las sagradas, religiosas y santas, á las cuales puede añadirse los derechos majestativos y otros muchos que se hallan fuera de circulacion.

Artículo 1210.—No pueden ser objeto de los contratos las cosas ó servicios imposibles.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1172 Cód. Francia.—683 Portugal.—1290 Holanda.—1160 Italia.—1885 Luisiana.—1167 Bolivia.—868 Vaud.—952 Neufchatel.—570 Tesino. — 878 Austria. —8 Baviera, cap. IV, lib. I, LI, tít. V, parte 1.ª Prusia, leyes 31 y 185 de *regulis juris*, tít. VII, libro XLIV, CIV, párr. 1, lib. XXX, VII, y LXIX tít. I, lib. XLV Digesto, tít. XX, lib. III Instituciones.

COMENTARIO

Lo que no existe puede ser objeto de contrato con tal que sea posible su existencia: mas aquello que es imposible que pueda existir no puede prometerse válidamente y el contrato que sobre ello verse, carece de valor.

SECCION CUARTA

DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

Artículo 1211.—La obligacion fundada en una causa falsa ó ilícita no produce efecto legal.

La causa es torpe ó ilícita, cuando es contraria á las leyes ó á las buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª
Leyes 47 y 50, tít. XIV, Partida 5.ª
Sents. 31 Diciembre y 13 Octubre 1865.
Sent. 26 Mayo 1866.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1151 y 1133 Cód. Francia.—1371 y 1373 Holanda.—1887 y 1893 Luisiana.—832 y 834 Vaud.—1141 Friburgo.—537 Tesino.—911 Neufchatel.—1128 Bolivia. —1119 Italia.—Leyes 1.ª 3.ª y 4.ª, tít. VII, libro XII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando realmente no existe un contrato, por ser sólo simulado, no tienen aplicacion ni pueden considerarse infringidas por la sentencia que prescinde de tal contrato, el tenor de este, la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Recop., ni las doctrinas, del Tribunal Supremo relativas al cumplimiento de los contratos (Sent. 6 Octubre 1865).

Son contrarios á las leyes los contratos simulados ó sea celebrados con causa falsa (Sent. 13 Octubre 1865).

Los contratos simulados son nulos y por consiguiente, ni confieren derechos ni pueden surtir efecto alguno legal (Sent. 26 Mayo 1866).

Los pactos contra ley no producen efecto (Sent. 25 Junio 1857).

Son eficaces los pactos consignados en sus convenciones por las personas capaces de con-

traer, si no se oponen á las buenas costumbres y á lo prescrito por las leyes (Sents. 30 Setiembre 1864, 17 Noviembre 1857).

Cuando la sala, apreciando las pruebas, establece que no ha probado la existencia de la falsedad de la causa de deber, debe estarse á esa apreciacion, si contra ella no se alega infraccion de ley ó de doctrina.

Si la suposicion de ser falsa la causa de un contrato se alega por primera vez en el recurso, no puede estimarse por no haberse debatido oportunamente en el pleito (Sent. 8 Mayo 1873).

Si los motivos de casacion vienen á resolverse en el supuesto de la simulacion de un contrato y existencia de una causa falsa é ilícita, cuando ese supuesto no ha sido admitido por la sala sentenciadora, es improcedente la consecuencia de que se hayan infringido la ley 28, tít. XI, Partida 5.ª, ni la doctrina del Tribunal Supremo que declara contrarios á la ley los contratos simulados ó celebrados con causa falsa (Sent. 1.° Marzo 1876).

Las leyes 20 y 38, tít. XI, Partida 5.ª, no pueden ser infringidas por una sentencia en la cual nada se resuelve contra la materia del contrato, sinó que lo declara nulo por la falsa causa y simulacion que en su otorgamiento ha intervenido (Sent. 9 Mayo 1876).

La simulacion de un contrato lleva consigo necesariamente la falsedad de la causa del mismo y pueden alegarla todos aquellos á quienes interese, salva la responsabilidad que en su caso contraigan (Sent. 23 Noviembre 1877).

COMENTARIO

Diferentes explicaciones han dado los autores acerca de lo que debe entenderse por causa en los contratos: se le ha dado ese nombre unas veces al título, otras á la razon ó motivo por que se contrata y otras al contrato mismo; pero nosotros, de acuerdo con el Derecho Romano, consideramos como causa aquello por lo cual se da ó se hace algo.

La causa ha de ser verdadera y lícita; por consiguiente, vicia el contrato la causa falsa ó simulada y la torpe ó ilícita.

Es falsa la causa cuando no existe el motivo que se supone para la celebracion del contrato, en cuyo caso segun repetidas declaraciones del Tribunal Supremo se anula aquél.

Es ilícita ó torpe cuando se opone á las leyes y buenas costumbres, de suerte, que del mismo modo que hemos dicho respecto al objeto del contrato, se anula éste, ya por celebrarse para cometer un delito, ya para contraer matrimonio con quien está casado, como dice la ley 50, título XIV, Partida 5.ª, ya en una palabra por cualquier medio ó motivo que se halle reprobado por la ley y por las buenas costumbres.

Se ha discutido sobre si es preciso ó no para la validez del contrato la expresion de la causa de deber. Con arreglo á lo que disponía el Derecho Romano y la ley 7.ª, tít, XIII, Partida 3.ª, relativa á la confesion judicial, se considera por algunos necesaria aquella circunstancia, y se supone por otros inútil despues de la general disposicion de la ley recopilada.

Aunque la cuestion es dudosa, nosotros creemos, que si desde el momento en que dos personas parezcan obligarse, quedan obligadas con arreglo á la última ley, no es motivo para suponer viciado el consentimiento la no expresion de la causa de contraer.

Artículo 1212.—Es nulo el pacto ó promesa de futura sucesion para que el que sobreviva herede los bienes del primero que muera, á no ser entre caballeros próximos á algun peligro, en cuyo caso valdría áun cuando salgan libres de él si ninguno de ellos lo revoca y no se perjudica en ello á los herederos forzosos.

ORÍGENES

Ley 33, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1213.—Se reputa ilícito el pacto en virtud del cual un cliente se obligue á entregar á su abogado cierta parte de la cosa litigiosa (*a*), ó en que éste se obligare á seguir el pleito á su costa por cantidad determinada (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 14, tít. VI, Partida 3.ª
(*b*) Ley 22, tít. XXII, lib. V, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Prohibido por la ley 14, tít. VI, Partida 3.ª, al abogado el pacto cuotalitis; y por la ley 2.ª, tít. XXII, lib. V, Nov. Rec., que ningun abogado puede hacer igualar con la parte á quien *ayudare*, tanto una como otra se refieren no sólo al abogado que firma los escritos en el pleito, sinó tambien al que le dirige, ó de otro modo patrocina á la parte en él, mediante á que hablando la ley, al dar la razon para la citada

prohibicion, así del abogado que razona como del que ayuda en el pleito, supone como igualmente está previsto por la ley 7.ª, tít. VI, Partida 3.ª, que en alguna ocasion puede haber más de uno por cada parte (Sent. 27 Enero 1865).

El testamento otorgado de mancomun y la institucion recíproca de herederos que hagan dos testadores á su favor, no es el pacto sucesorio prohibido por la ley 33, tít. XI, Partida 5.ª (Sent. 26 Marzo 1861).

SECCION QUINTA

DE LA FORMA Ó SOLEMNIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1214.—Para la validez de las obligaciones no es preciso que éstas se sujeten á una forma determinada: los contratantes quedan obligados siempre que conste su voluntad de obligarse, salvo los casos en que las leyes dispongan lo contrario.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (única, título XVI, Ordenamiento de Alcalá).

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Junio 1865.
Sent. 11 Octubre 1866.
Sent. 7 Mayo 1867.
Sent. 24 Diciembre 1867.
Sent. 30 Abril 1869.
Sent. 3 Noviembre 1870.
Sent. 21 Febrero 1871.
Sent. 14 Mayo 1875.

Es perfecto y obligatorio el contrato consignado en escritura pública, á tenor de su literal contexto, luégo que en el acto del otorgamiento manifiestan los contratantes su conformidad absoluta. Dicho acto solemne se verifica con arreglo á la ley segun declaraciones anteriores del Tribunal Supremo, al tiempo en que escrita la nota en el protocolo, procede el escribano á su lectura, presentes las partes y los testigos instrumentales (Sent. 8 Mayo 1865).

Aunque el mutuo consentimiento perfeccione los contratos, esto no obsta para que, cuando existe pacto expreso de que se hayan de consignar por escrito, necesiten para su perfeccion que se cumpla este requisito (Sent. 24 Noviembre 1859).

La condicion ó pacto de reducir un contrato consensual á escritura pública, no como requisito esencial, sinó por el sólo efecto de que conste, lo cual debe apreciar la Sala sentenciadora, no obsta á su perfeccion (Sent. 20 Febrero 1861).

Cuando en un convenio no se estipula el otorgamiento de escritura como condicion esencial de la que pendan las obligaciones y derechos que respectivamente adquieren los contrayentes, no puede exigirse dicho otorgamiento (Sent. 26 Mayo 1868).

La disposicion de la ley 1.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Rec., y el principio de que las convenciones sirven de ley á los contratantes, sólo pueden tener lugar cuando resulta acreditada la existencia del contrato ú obligacion á que aquélla se trata de aplicar (Sents. 13 Noviembre y 18 Diciembre 1863, 26 Enero 1866, 21 Setiembre 1866, 1.º Marzo 1859, 20 Febrero 1860, 13 Diciembre 1862, 20 Junio 1864, 21 Enero, 7 y 20 Octubre, 30 Diciembre 1865, 5 Octubre, 29 Noviembre y 22 Diciembre 1866, 23 Noviembre, 12 Enero, 18 Marzo y 3 Junio 1867, 5 y 6 Octubre, 13 Mayo 1868, 30 Abril y 31 Diciembre 1870, 29 Mayo y Octubre 1872, 3 y 21 Enero 1873, 22 Enero 1874, 28 Febrero 1876, 26 Abril 1878).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar, en vista del resultado de las pruebas, la existencia ó no existencia de la obligacion (Sent. 11 Octubre 1866, 22 Diciembre 1866, 22 Diciembre 1868, 29 Octubre 1870).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar la existencia ó no existencia de los pactos conforme á las pruebas presentadas, á cuya apreciacion debe estarse, si no se alega contra ella infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 4 Octubre 1870).

Cuando el tribunal sentenciador estima que no hubó contrato, no puede considerarse infringida la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., pues ésta no es aplicable cuando no existe obligacion (Sents. 14 Enero 1858, 28 Febrero 1861, 4 Junio 1860, 8 y 30 Mayo 1862, 30 Abril 1863, 22 Ene-

ro 1864, 6 y 20 Marzo, 13 Abril, 14 y 17 Noviembre 1866, 9 Febrero 1867, 11 Noviembre 1874, 22 Febrero, 1.° y 1.° Marzo 1865, 24 Febrero y 29 Marzo 1876, 28 Diciembre 1877).

No se infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, ni hay violacion de contrato cuando, apreciando la Sala sentenciadora que quedó cumplido el requisito condicional, estima libre del compromiso al que se obligó condicionalmente (Sent. 14 Mayo 1861).

La ley Recopilada no tiene aplicacion en un pleito en que no se cuestiona sobre la existencia de un contrato ú obligacion (Sents. 14 Marzo 1865, 27 Octubre 1866, 10 Abril y 29 Setiembre 1869, 22 Octubre 1872).

Para que exista legalmente la obligacion de dar ó hacer alguna cosa, no es necesario que el obligado contrate directamente con la persona á quien ha de darse, ó á cuyo favor ha de hacerse, si consta por hechos indubitados que el uno quiso obligarse y el otro aceptó la obligacion (Sent. 26 Setiembre 1868).

La ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., en el principio general que establece, supone, como condiciones indispensables para que las obligaciones se cumplan, que los que se obliguen tengan capacidad para ello, y que sean lícitos los objetos sobre que recaigan las obligaciones (Sents. 11 Enero 1859, 28 Marzo 1859, 19 Junio 1868, 8 Mayo 1870, 20 Mayo 1874).

La disposicion de la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., no debe entenderse en un sentido tan general y absoluto, que por efecto de la misma hayan de considerarse válidas y subsistentes obligaciones para cuya estabilidad otras leyes exigen circunstancias y requisitos esenciales (Sents. 28 Marzo 1859, 5 Diciembre 1860, 11 Mayo 1861, 21 Febrero 1863, 2 Junio 1872).

La invocacion de la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., no es oportuna cuando no se niega por ninguno de los contendientes la obligacion contraída, y gira el debate únicamente sobre su extension (Sents. 12 Mayo 1860, 17 Setiembre 1866, 29 Enero 1867, 6 Junio 1873).

La ley de la Novísima establece el modo de contraer las obligaciones; pero nada determina sobre sus efectos y extension (Sents. 8 Junio y 16 Octubre 1866).

Segun la ley Recopilada, tienen fuerza civil de obligar los pactos mudos que pueden acreditarse por cualquiera de los medios probatorios que establece el Derecho (Sents. 20 Junio 1865 y 24 Abril 1867).

La ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., en su principio general establecido supone la existencia de un convenio ó contrato, y no habiendo mediado éste ni promovídose cuestion sobre su cumplimiento entre los litigantes, no es aplicable dicha ley (Sents. 14 Octubre 1861, 28 Diciembre 1860, 29 Octubre 1866, 23 Diciembre 1874, 3 Febrero 1875, 9 y 17 Mayo y 26 Junio 1871 y 7 Diciembre 1876).

Si bien la ley de la Novísima citada consigna el principio de que de cualquiera manera que uno quiso obligarse al pagó quedó obligado, y se refiere á la eficacia de los pactos, esto es, sin alterar lo prescrito en leyes especiales que reglan la naturaleza y esencia de los contratos (Sents. 5 Diciembre 1860, 28 Mayo 1864 y 9 Febrero 1871).

El objeto de la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Novísima Rec. es hacer que las obligaciones se cumplan cuando consta de un modo cierto su existencia, y no en el caso contrario, aunque carezcan de fórmula ó solemnidad (Sents. 9 Noviembre 1865, 22 Diciembre 1865 y 30 Abril 1871).

No puede suponerse infringida la ley 1.ª, título I, lib. X, Nov. Rec., por citarse por la sentencia como de aplicacion general á toda clase de contratos, tratándose de un pleito en que se litiga sobre cumplimiento de una obligacion (Sent. 18 Enero 1872).

No puede estimarse la cita de la ley 1.ª, título I, lib. X, Nov. Rec., cuando contraría directamente, en lugar de favorecer, el propósito del recurrente (Sent. 8 Abril 1873).

Dicha ley y la del contrato vienen á ser en realidad una misma, sin más diferencia que en la primera se establece un principio de derecho de aplicacion general á toda clase de obligaciones, traduciéndose en hechos prácticos en cada contrato particular (Sent. 12 Abril 1873).

La ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., no puede tener aplicacion sinó cuando se impugna el contrato por falta de solemnidades externas, pero de ningun modo cuando los interesados se hallan conformes en su existencia y cuestionan sobre el valor y eficacia de las obligaciones contenidas en el mismo. (Sents. 21 Abril 1874 y 3 Octubre 1877).

Al establecer la ley del Ordenamiento el principio general en materia de contratos, desterrando todas las fórmulas de las antiguas estipulaciones, es inoportuna la cita de la ley 1.ª, tít. XI, Partida 5.ª, que habla de las promisiones y de la manera de hacerlas (Sent. 5 Noviembre 1874).

En el caso de que la validez de un contrato

dependa del cumplimiento de las condiciones establecidas, la ejecutoria que lo declara rescindido por no haberse cumplido aquéllas no infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sentencia 20 Junio 1865).

Cuando ambas partes contratantes manifiestan su voluntad de que á unos documentos privados se les dé el valor de escritura pública, ínterin ésta no sea otorgada con todas las formalidades de derecho, dicho convenio es eficaz y obligatorio para ambas partes. La Sala sentenciadora que desconoce este principio, infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 30 Junio 1864).

No se infringe el principio jurídico de que á tanto se obliga el hombre á cuanto ha querido obligarse, si justamente sirve de fundamento al fallo recorrido (Sent. 26 Abril 1877).

COMENTARIO

Pocas leyes ha habido que hayan dejado tan profunda huella y causado tan gran reforma en nuestro derecho como la famosa del Ordenamiento de Alcalá.

El Derecho Romano señaló formas rigurosas á la contratacion, formas, solemnidades y requisitos que pasaron á las Partidas, copia exacta de la teoría de las estipulaciones romanas; pero todo esto dejó de estar vigente cuando el Ordenamiento de Alcalá estableció el principio que de cualquier modo que uno apareciera querer obligarse quede obligado. Ahora bien, dentro de este principio tan general, el espíritu y áun la letra de la ley requiere que aparezca el consentimiento verdadero de las partes, pues de otro modo la aplicacion absoluta del precepto podría ser causa en ocasiones de que se tuviera por obligado al que con expresiones no formales se comprometiera á lo que nunca tuvo voluntad ni intencion de hacer, y por esto nosotros, de acuerdo con el espíritu y letra de la ley y con lo declarado en el mismo sentido por el Tribunal Supremo en alguna sentencia, añadiríamos que la obligacion debe ser sériamente contraida.

Pero ya basta para los efectos de la ley el que se contraiga de cualquier modo.

La ley Recopilada abolió las antiguas formas de estipulacion; pero no pudo extenderse á lo que establezcan las leyes en casos especiales ni á lo que acuerden las partes, segun declaraciones del Tribunal Supremo, y por esta razon tanto en uno como en otro caso deberán observarse las solemnidades prescritas por la ley ó por la voluntad de las partes.

CAPÍTULO III

DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES QUE PROVIENEN DE LOS CONTRATOS

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1215.—Es obligatorio el cumplimiento de todo contrato que no tenga vicio de nulidad con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. I, libro X, Novísima Recopilacion.

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Octubre 1868.

Sent. 11 Junio 1873.

Sent. 17 Febrero 1875.

Cuando resulta acreditada la existencia de un contrato y no se prueba que intervino en él error, falsa causa ó dolo, es ineludible en los contratantes la obligacion de cumplirlo (Sentencias 16 Agosto 1848, 21 Setiembre 1859, 20 Abril 1866, 30 Noviembre 1869, 4 Marzo 1872, 3 Enero 1873).

Unicamente á los contratos válidos son apli-

cables la ley 1.ª tít. I, lib. X, Nov. Rec., y el principio legal de que debe respetarse la voluntad de los contrayentes (Sents. 28 Junio 1860 y 7 Enero 1870).

No puede exigirse el cumplimiento de una obligacion, ni tiene responsabilidad aquel que no la contrajo, ni es sucesor ó causa-habiente del que lo hizo (Sent. 8 Febrero 1847 y 19 Marzo 1872).

El que no cumple la obligacion que se impuso en un compromiso, no tiene derecho á exigir, siendo mutuos y correlativos los deberes, que la otra parte haga lo que se comprometió á hacer (Sents. 4 Enero 1866, 29 Enero 1867, 11 Junio 1867 y 17 Febrero 1875).

Los contratantes están obligados á cumplir el contrato y conforme á la intencion que tuvieron al celebrarlo (Sents. 2 Diciembre 1858, 9 Noviembre 1859, 14 Junio 1860).

En el caso de celebrarse un contrato en que intervienen marido y mujer, la falta de cumplimiento de lo estipulado perjudica á ambos (Sent. 21 Diciembre 1858).

Para ser aplicables la ley del contrato y la 1.ª tít. I, lib. X, Nov. Rec. es necesario que los contratos, cuyo cumplimiento se reclama, no hayan sido contrariados por otros posteriores de las mismas partes (Sent. 9 Octubre 1869).

Para exigir el cumplimiento de una obligacion eventual, es indispensable que haya llegado el caso previsto en el convenio ó cumplidose la condicion bajo la cual se contrajo (Sentencia 8 Febrero 1861).

Cuando se trata de la observancia de lo pactado en una escritura, no se infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X. Nov. Rec., condenando al cumplimiento de la obligacion contenida en aquélla (Sents. 7 Febrero 1861 y 3 Marzo 1871).

Tanto el principio *pacta sunt servanda*, como el establecido en la ley Recopilada, suponen necesariamente la existencia de la convencion ó pacto que produzca legalmente efecto civil de obligar (Sent. 13 Octubre 1866, 16 Enero 1871).

No se infringe dicho principio, ni la ley del contrato ni la ley Recopilada, cuando la Sala sentenciadora mand cumplir lo convenido por los contrayentes (Sent. 10 Noviembre 1868, 4 Abril 1867, 26 Enero 1869, 9 Noviembre 1869, 21 Febrero 1878).

La doctrina de que el que no cumple la obligacion que se impuso en un compromiso no tiene derecho á exigir lo que la otra parte se comprometió á hacer y otras análogas, son inoportunas cuando la Sala sentenciadora, apreciando como es debido que unas escrituras obligaren eficazmente á los contrayentes, estima que el uno de ellos ha cumplido aquello á que se obligó, y no así el otro (Sent. 8 Mayo 1873).

Si bien es principio de derecho, apoyado en la ley de la Novísima, que los pactos y estipulaciones producen obligacion en los contrayentes de guardar y cumplir lo pactado, tales actos presuponen la existencia de una obligacion definida y concreta (Sent. 12 Diciembre 1873).

Cuando la sentencia se reduce á condenar á los demandados á cumplir la obligacion contraida por su causante, no se infringe la ley del contrato ni la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de que debe estarse á lo convenido por las partes (Sents. 7 Noviembre 1870 y 9 Abril 1873).

Cuando se exige aquello á que no está comprometida una de las partes contratantes, no hay derecho para obligarla (Sent. 20 Abril 1866).

En el caso de que por una disposicion legislativa se halle en suspenso la duracion de un contrato y sus efectos, no puede imputarse á los interesados en él la falta de cumplimiento del mismo (Sent. 30 Octubre 1863).

COMENTARIO

Consecuencia natural del principio consignado por el Ordenamiento de Alcalá, es lo establecido en este artículo, tomado de la ley 3.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, cuyo texto dice así: *Qualquier que se obligare por qualquier contrato de compra ó vendida, ó troque, ó por otra causa y razon qualquiera, ó de otra forma ó calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en el tal contrato haya engaño que no sea mas de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales sin dolo y con buena fe, valan, y aquellos que por ello se hallen obligados, sean tenudos de los cumplir.*

Artículo 1246.—Los contratos son ley para los contratantes y sus herederos, y sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan.

Ninguno puede contratar á nombre de otro, sin estar autorizado por él, ó sin que tenga por la ley su representacion.

El contrato celebrado á nombre de otro, por quien no tenga su autorizacion ó su re-

presentacion legal, será nulo, á no ser que lo ratifique la persona á cuyo nombre se otorgue.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, 8.ª y 9.ª, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 11, tít. XIV, Partida 3.ª
Ley 10, tít. XXXIV, Partida 7.ª
Ley 3.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerdan en parte los párrs. 1.° y 3.° con: Arts. 1165 y 1121 Cód. Francia.—865 y 821 Vaud.—1376 y 1353 Holanda.—Párr. 1.°, título XX, lib. III, Instituta.

Concuerda con el párr. 1.° el art. 1773 Cód. Luisiana.—Y la ley 23, tít. XVII, lib. L, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sents. 31 Diciembre 1857, 13 Marzo 1862, 11 Noviembre 1864, 4 Febrero 1865, 12 Marzo 1867, 24 Febrero 1868, 20 Marzo 1868, 29 Abril 1868, 18 Noviembre 1868, 3 Diciembre 1868, 26 Mayo 1869, 7 Febrero 1870, 27 Enero y 21 Febrero 1871, 10 Enero 1872, 28 Enero 1873, 21 y 31 Octubre 1874, 27 Abril y 15 Diciembre 1874.

Cuando media un contrato y se dicta la sentencia en consonancia con el mismo, no puede ésta invalidarse por constituir aquél la ley á que las partes deben atenerse (Sents. 26 Octubre 1850, 6 Mayo 1862, 7 Febrero, 30 Junio, 18 Setiembre y 5 Octubre 1863, 7 y 29 Octubre y 19 Noviembre 1864, 11 Abril y 18 Setiembre 1865, 26 Mayo, 30 Junio y 20 Noviembre 1866, 24 Febrero 1869, 18 Febrero y 11 Marzo 1870, y 6 Junio 1874).

Cuando en una sentencia se interpreta mal ó se viola un contrato con inexactos fundamentos, se infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X Novísima Recopilacion y procede el recurso de casacion (Sents. 31 Diciembre 1857, 16 Mayo 1859, 8 Marzo 1861, 12 Diciembre 1861, 19 Mayo y 14 Octubre 1864, 1.° Diciembre, 28 Mayo 1866, 19 Noviembre 1870).

Es nula la sentencia que viola la ley del contrato que se impusieron lícitamente los otorgantes al celebrarlo, y no da á sus clausulas y condiciones el valor é inteligencia que les dieron los contratantes (Sents. 19 Abril 1859, 17 Marzo 1863, 28 Marzo 1861, 11 Julio 1871, 23 Diciembre 1874.

Lo convenido entre las partes es la ley de la materia, especial para los interesados (Sentencia 23 Noviembre 1859, 22 Diciembre 1859, 27 Junio 1862, 30 Mayo 1864, 10, 11 y 24 Febrero 1865, 9 y 25 Marzo 1865, 19 Enero, 5 Febrero y 26 Mayo 1866, 17 Noviembre 1870).

Es principio general que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro cuando media el cumplimiento de un contrato contra cuya legalidad nada se ha expuesto (Sent. 18 Junio 1862).

El contrato celebrado por un apoderado, no puede obligar al poderdante cuando se celebra con extralimitacion de las facultades que éste dió (Sent. 16 Febrero 1865).

Si bien lo estipulado en un contrato es ley y obliga á su cumplimiento á las partes que lo han celebrado, son sin embargo renunciables los derechos que proceden del mismo (Sent. 6 Junio 1865).

No son aplicables las leyes y doctrinas que determinan la eficacia de los pactos y contratos, cuando no consta que éstos sean válidos y perfectos (Sents. 9 Marzo 1866, 10 Diciembre 1858, 24 Junio 1874).

Tratándose de un contrato bilateral, la sentencia que manda que cada contratante cumpla del modo posible las obligaciones que le son respectivas, se ajusta estrictamente á las disposiciones del mismo, que es la ley en la materia (Sent. 27 Octubre 1866).

Para que un contrato pueda alegarse como ley de la materia para los efectos de casacion, es necesario que en él hayan intervenido y contraido alguna obligacion aquellos de quienes se reclama el cumplimiento ó sus causantes (Sent. 7 Noviembre 1866).

El principio de que son válidos los contratos otorgados por personas capaces de obligarse y con perfecto consentimiento de las mismas, debe entenderse con la necesaria limitacion de que no contengan vicio alguno de órden distinto que, con arreglo á las prescripciones legales, deba producir su nulidad (Sent. 21 Diciembre 1866).

Los convenios celebrados entre partes sobre asuntos de su respectivo interes, no son obligatorios más que para los contrayentes; pero de ningun modo para los que directa ni indirectamente prestan su asentimiento y conformidad en ellos (Sent. 17 Diciembre 1859).

Los convenios celebrados por apoderados en virtud de poderes que les han sido concedidos al efecto, son válidos y deben respetarse, no incurriendo en responsabilidad sinó en el caso de

no cumplir su encargo, ó por haber abusado de él, extralimitando sus facultades (Sent. 28 Marzo 1860).

Aun en el supuesto de que alguno de los que autorizaron un convenio se hubiera extralimitado de los poderes que para ello se hubieran conferido, semejante defecto no servirá para fundar un recurso de casacion por infraccion del contrato (Sent. 18 Setiembre 1865).

Es un principio inconcuso que el deber de pagar deudas ó cumplir obligaciones, muerto el que las hubiere contraido, recae en su heredero (Sents. 24 Octubre 1862, 22 Setiembre 1856).

A un hijo, heredero de su padre, no pueden pasar más obligaciones que las que éste tuviera al tiempo de su fallecimiento (Sent. 21 Febrero 1863).

La sentencia que se ajusta á lo estipulado en un contrato, no infringe la ley de éste ni la doctrina de que *nadie puede ser demandado sinó en virtud de obligacion que aparezca claramente haber contraido* (Sents. 30 Enero 1864, 6 Marzo 1868, 17 Junio 1868, 3 Octubre 1868, 5 Junio 1875, 28 Junio 1871, 26 Junio 1872, 19 Noviembre 73).

No puede invocarse oportunamente la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., cuando no se niega que exista una obligacion, sinó que la cuestion versa acerca de la extension que ha de tener y del modo cómo ha de cumplirse, lo cual se decide por los términos del contrato escrito (Sentencias 10 Noviembre 1864, 15 Enero 1866, 19 Enero 866).

Los pactos agregados á un contrato principal se rigen por las mismas reglas de éste (Sentencias 8 Noviembre 1864, 10 Febrero 1865).

La ley del contrato no se puede invocar útilmente, como fundamento de un recurso de casacion, sin citar á su vez la verdadera ley ó doctrina legal que da al respectivo contrato aquel carácter obligatorio entre partes (Sent. 15 Enero 1867).

No puede apreciarse la infraccion alegada de ley del contrato cuando se hace con generalidad y sin precisar la ley ó doctrina relativa al cumplimiento de la obligacion contraida que se ha infringido (Sent. 13 Febrero 1867).

Es un principio de Derecho emanado así de la ley Recopilada como de la 1.ª, tít. XI, Partida 5.ª, y admitido por la constante jurisprudencia de los tribunales, que en un contrato legitimamente celebrado por personas capaces de obligarse, es ley para las mismas. Si ésta se infringe, procede el recurso de casacion (Sentencias 13 Marzo 1867 y 3 Julio 1868).

Es un principio de Derecho consignado en la ley 11, tít. XIV, Partida 3.ª, que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos, y que éstos, así como suceden á aquél en todos sus derechos, le suceden tambien en todas sus obligaciones (Sent. 13 Diciembre 1867).

La sentencia que apoya al contrato y la obligacion en la manera que se hiciese, no infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sents. 14 Mayo 1868, 11 Junio 1867, 18 Junio 1867 y 12 Mayo 1875).

Siendo los contratos ley obligatoria sólo para los contrayentes, no pueden en este concepto invocarse contra un tercero que no tuvo parte en la estipulacion (Sents. 22 Octubre 1868, 29 Octubre 1872 y 19 Marzo 1872).

El que acepta una obligacion contraida por otro á favor de un tercero, queda obligado á su cumplimiento, siempre que aparece justificada por hechos posteriores la aceptacion por parte da aquel á cuyo favor se había constituído (Sentencia 24 Junio 1868).

La sentencia que se ajusta á lo dispuesto en una escritura no infringe la ley del contrato (Sents. 16 y 27 Octubre 1869).

Cuando no se discute en el pleito sobre la falta de cumplimiento de un contrato, no tiene aplicacion el principio de que lo establecido en las cláusulas de los contratos, es ley para los contratantes, ni mucho ménos lo tiene si el que lo invoca sostiene por otra parte no haber celebrado contrato alguno (Sent. 29 Marzo 1870).

Cuando un contrayente cumple con las obligaciones que le impone el contrato celebrado, no tienen aplicacion las doctrinas de que la voluntad de los contrayentes es ley en la materia, y que cuando existe un contrato ha de cumplirse en su sentido literal, ni las leyes 13 y 35, tít. XI de la Partida 5.ª, y 1.ª, tít. I, libro X Nov. Rec. (Sent. 31 Marzo 1870).

No infringe le ley del contrato ni la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., la sentencia que se ajusta á lo convenido por las partes (Sents. 1.º Julio 1870, 22 Noviembre 1869, 27 Enero 1871, 21 Marzo 1871, 2 Julio 1872, 29 de Mayo 1872, 19 Setiembre 1872, 24 Octubre 1871, 23 Noviembre 1871, 15 Diciembre 1871 y 8 Junio 1875).

Partiendo los litigantes de la ineficacia de unos contratos privados, es contradictorio suponer que se ha infringido la ley del contrato, ó impertinente cuanto sobre este particular se

expone como fundamento del recurso (Sentencia 17 Abril 1875).

No puede alegarse como fundamento para un recurso de casacion la infraccion de la del contrato, si el recurrente no ha intervenido en ese contrato celebrado por otras personas, y ostenta ademas derechos independientes de ese mismo contrato (Sent. 31 Enero 1876).

Las obligaciones contraídas por los padres se trasmiten y obligan á los hijos, á no ser que exista razon especial que les exima de su cumplimiento (Sent. 17 Febrero 1875).

Si la sentencia, sin desconocer ni negar el valor y eficacia de un contrato, deduce de las pruebas presentadas que no tiene la significacion y alcance que el demandante pretende darle, no infringe la ley del contrato, ni la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la materia (Sent. 14 Marzo 1877).

Cuando la Sala sentenciadora, léjos de prescindir de lo pactado, previene su cumplimiento, no se falta al principio de derecho de que los pactos forman ley en los contratos (Sents. 26 Enero 1869, 14 Diciembre 1869 y 24 Diciembre 1872).

En tanto obligan los contratos á los herederos en cuanto son válidos y lícitos (Sents. 17 Noviembre 1870, 28 Setiembre 1874).

La sentencia que no se ajusta á lo convenido en un contrato, infringe la ley de éste y la 1.ª, título I, lib. X, Nov. Recop. (Sent. 23 Febrero 1871).

La cuestion que versa acerca del cumplimiento de un contrato no puede subordinarse á otras leyes que á las del contrato mismo (Sentencia 24 Febrero 1872).

La ley del contrato es la primera que debe aplicarse, tratándose de obligaciones contraidas, conforme á lo dispuesto en la 1.ª, tít. I, libro X, Nov. Recop. (Sent. 9 Marzo 1872).

Los contratos ó estipulaciones celebrados á nombre propio, ó por representacion de persona competentemente autorizada al efecto, y los actos que ésta ejerza como mandatario ó personero y que hayan sido aprobados y ratificados por el mandante, único á quien es dado exigirle la responsabilidad de sus gestiones, tienen la misma validez y eficacia legal cual si hubieren concurrido al acto los mismos interesados ó principales, quedando éstos respectivamente obligados á su fiel observancia y cumplimiento (Sent. 11 Febrero 1874).

Los contratos válidos y sus pactos especiales obligan á los que intervienen en ellos y sus causa-habientes, y son para los mismos la primera ley que les es aplicable, sin que por su cumplimiento en lo que se separen de las generales sobre la materia, puedan éstas reputarse como infringidas (Sents. 5 Noviembre 1874, 10 Diciembre 1873, 11 Marzo 1874).

Es doctrina legal el que las obligaciones deben cumplirse en los términos y forma que se contrajeron, sin darles más extension que la que las partes contratantes les dieron (Sent. 18 Abril 1874).

En materia de obligaciones, la primera ley que es preciso observar es la del contrato, siempre que los pactos en él contenidos no sean contrarios al derecho ó á la moral (Sent. 9 Julio 1874).

COMENTARIO

Consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1214 es lo establecido al principio de éste. La célebre ley del Ordenamiento estableció como base de la obligacion el consentimiento por el cual se perfeccionan los contratos *en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

De acuerdo con esta ley y con la 11, tít. XIV, Partida 3.ª que dice: *todo ome que face pleito o postura con otri lo face tambien por sus herederos, como por si; maguer ellos non sean nombrados en la postura,* el Tribunal Supremo ha declarado en multitud de sentencias que forman jurisprudencia, no solamente que el contrato es ley para los contratantes y sus herederos, sinó que habiendo capacidad en los contrayentes y siendo los hechos objeto de la obligacion lícitos, lo convenido por aquéllos es la primera ley á que deben atenerse las partes y los tribunales para resolucion de las cuestiones á que dé lugar el cumplimiento de las obligaciones.

Ahora bien; esto no era natural ni justo hacerlo extensivo á personas que no habian intervenido en el contrato, ni á los que bien ajenos de obligarse se vieran comprometidos por otros que en su nombre y sin su consentimiento hubieren adquirido compromisos y contraído obligaciones, razon por la cual la ley, secundada por la jurisprudencia, sólo da efecto á los contratos respecto de las personas que los otorgan y sus herederos, y declara nulos todos los que se celebren á nombre de otro por quien no tenga su autorizacion ó representacion legal, á no ser que aquel *tenga por firme la cosa que*

es fecha en su nome, en cuyo caso, *vale tanto como si la oviese mandado fazer de primero*, segun se expresa la ley 10, tít. XXXIV de la Partida 7.ª

SECCION SEGUNDA

DE LA OBLIGACION DE DAR

Artículo 1217.—El obligado á dar alguna cosa, lo está á entregarla bajo la responsabilidad establecida en la seccion 4.ª de este Capítulo.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 35, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 11, tít. XXXIII, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1136 Cód. Francia.—1271 Holanda.—1901 Luisiana.—837 Vaud.—1228 Friburgo.—547 Tesino.—916 Neufchatel.—1133 Bolivia.—1219 Italia.

JURISPRUDENCIA

Sent. 18 Marzo 1863.

La ejecutoria que por falta de cumplimiento de lo estipulado condena á la indemnizacion de perjuicios, no infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., la 4.ª, Cód., *de obligationibus et actionibus*, ni la 72 y 112, párr. 1.º, Digesto, *de verborum obligationibus* (Sent. 21 Setiembre 1866).

Apreciado que no ha existido ninguna de las alteraciones del contrato primitivo que se suponen, la sentencia que manda cumplirlo en los términos en que se contrajo, no infringe la ley 1.ª, Digesto, *de pactis*, las 10 y 16, Digesto, *de conditione indebiti*; la 13, tít. XI, Partida 5.ª, y la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 30 Abril 1870).

Las obligaciones válidas y eficaces, deben cumplirse por el que las contrajo en los términos contraidos (Sent. 12 Julio 1869).

COMENTARIO

La disposicion contenida en este artículo es corolario de las anteriores; el que se comprometió á entregar una cosa, está obligado á cumplir la obligacion, porque ademas de exigirlo así la ley del contrato, se halla tambien prescrito en varias leyes de Partida, las cuales condenan al resarcimiento de daños y perjuicios en la forma que luégo estudiaremos, al contratante que incurre en mora y no cumple lo prometido.

Artículo 1218.—En las obligaciones á plazo ó día cierto, el vencimiento de éstos basta para constituir al deudor en mora; en las demas obligaciones es necesario el requerimiento judicial del acreedor.

ORÍGENES

Leyes 13 y 35, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 12, tít. XXXVIII, libro VIII, Código Romano, 127, tít. I, lib. XLIII, y 32, tít. I, lib. XXII, Digesto.

COMENTARIO

Se entiende que incurre en mora un contratante, cuando difiere el cumplimiento de la obligacion, lo cual puede tener lugar en las obligaciones á plazo ó á cierto dia, desde el momento en que éste llega sin entregar la cosa objeto del contrato, y en las demas obligaciones desde que media el requerimiento del acreedor, segun da á entender la ley 35, tít. XI, Partida 5.ª, que obliga al deudor á pagar la pena *si non señaló dia cierto e el otro le demandase en tiempo convenible o en lugar guisado*, de acuerdo con lo prescrito por la ley 13 en cuanto á las obligaciones puras.

Artículo 1219.—Cuando el obligado se haya constituido en mora, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Contienen la misma disposicion los arts. 1138 Cód. Francia.—1273 Holanda.— 1903 y 1904 Luisiana.—839 Vaud. — 1230 Friburgo.—548 Tesino.—918 Neufchatel.—1135 Bolivia 1219 Italia.—Leyes 91, tít. I, lib. XLV, y 72, tít. III, lib. XLVI, Digesto, 173 *De regulis juris*.

SECCION TERCERA

DE LA OBLIGACION DE PRESTAR ALGUN SERVICIO

Artículo 1120.—Si el obligado á prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, puede ser apremiado para que lo haga como lo prometió.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. XXVII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1144 Cód. Francia.—1277 Holanda.—1920 y 1921 Luisiana.—846 Vaud.—553 Tesino. — 923 Neufchatel.— 1237 Friburgo.—1140 Bolivia.—1220 Italia.—Párrafo 7.°, tít. XVI, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Los contratos deben cumplirse en el modo y forma qae en ellos fué establecido (Sent. 15 Octubre 1859).

COMENTARIO

Lo que hemos dicho respecto á la obligacion de dar, es aplicable á la de hacer ó de prestar algun servicio, con la diferencia de que, así como en aquélla el deudor debe entregar la cosa, en ésta debe ser compelido por el juez para que haga aquello que prometió.

El Proyecto de Código dispone que cuando el obligado á prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa, y verdaderamente es la mejor solucion que aconseja la práctica.

Algun autor supone que la obligacion de hacer ó la de no hacer, que se rige por las mismas reglas, se resuelve en otra de daños é intereses, cuando por falta de cumplimiento de las mismas no hubiera otro medio de compeler á llevarlas á cabo que la violencia; pero la ley nada dice sobre ello, y el Tribunal Supremo ha declarado que segun la ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, para que la obligacion de hacer no cumplida se convierta en la de abonar daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño (Sentencia 30 Junio 1865).

Artículo 1121.—Lo dispuesto en los artículos 1217, 1218 y 1219 es aplicable á la obligacion de prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa.

ORÍGENES

Leyes 18 y 35, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 137, párr. 3.°, tít. I, libro XLV, Digesto.

COMENTARIO

Una y otra ley de las apuntadas se refieren tanto á la obligacion de dar como á la de hacer, y por consiguiente, visto ya lo que sobre la primera prescriben, no tenemos necesidad de repetir lo dicho, igualmente aplicable á este caso.

SECCION CUARTA

DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Ó PERJUICIOS Y ABONO DE INTERESES

Artículo 1222.—Quedan sujetos á la indemnizacion de perjuícios y abono de intereses los contrayentes:

Primero. Por dolo (*a*).

Segundo. Por negligencia ó culpa (*b*).

Tercero. Por contravencion á lo pactado.

Cuarto. Por morosidad en el cumplimiento de la obligacion (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 1.ª y 6.ª, tít. XVI, Partida 7.ª
Ley 12, tít. V, Partida 5.ª
Ley 57, tít. V, Partida 5.ª
Leyes 63 y 65, del mismo título y Partida.
(*b*) Ley 11, tít. XXXIII, Partida 7.ª
(*c*) Ley 35, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 10, tít. I, Partida 5.ª
Ley 13, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Los daños y perjuícios deben ser abonados por aquel que los causó (Sent. 23 Febrero 1866).

Cuando los perjuícios que uno infiera no proceden de caso fortuito, sinó de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio suyo, debe indemnizarlos, pues es un principio consignado en la ley 13, tít. XXXII, Partida 3.ª, que aunque el hombre puede hacer en lo suyo lo que quisiere *débelo facer de manera que non faga daño nin tuerto á otro* (Sent. 9 Abril 1866).

No son aplicables al pleito en que sólo se reclamaron daños originados por una causa criminal, y por tanto no han podido infringirse las leyes 1.ª y 3.ª, tít. XV, Part. 7.ª, y doctrina consignada por el Tribunal Supremo en consonancia con las mismas, porque en ellas se trata de los daños ó menoscabos de carácter civil (Sentencia 7 Febrero 1878).

Cuando la indemnizacion de perjuícios es parte de la demanda que se entabla, deben éstos estimarse en la sentencia que sobre el pleito se pronuncie (Sent. 28 Noviembre 1861).

Si bien es doctrina legal la admitida como jurisprudencia por los Tribunales, de acuerdo con lo que dispone la ley 10, tít. I, Part. 5.ª, que los intereses se deben únicamente por la convencion ó por la mora, lo es igualmente que el deudor se constituye en mora, cuando no entrega la cosa en la razon que debía (Sent. 7 Abril 1866).

Cuando se reclama indemnizacion de perjuícios por falta de cumplimiento de una obligacion, pero sin especificarlos convenientemente, ni fijarlos en una cantidad dada, ni siendo su cuantía objeto especial de discusion, puede y debe reservarse su regulacion para otro pleito, segun dispone el art. 93, ley de Enjuiciamiento mercantil, sin infringirse por eso el art. 91 de la misma (Sent. 24 Junio 1868).

Cuando no se incurre en mora no hay obligacion en el deudor de indemnizar daños ó menoscabos (Sent. 29 Abril 1868).

A la Sala incumbe el apreciar los perjuícios y si medió en el contrato fuerza, dolo, engaño ó mala fe, á cuya apreciacion debe estarse si no se alega contra ella infraccion de ley ó doctrina legal (Sents. 18 Febrero 1870, 29 Marzo 1873, 17 Febrero 1877).

El deudor de una cantidad debe abonar intereses desde el dia en que se constituyó en mora (Sents. 2 Junio 1870, 11 Octubre 1875).

Cuando en una escritura no se estipulan intereses, y por otro lado, el obligado al pago no incurre en *mora*, pues que siempre estuvo pronto á entregar las cantidades que debía abonar, la Sala sentenciadora, al absolver al demandado de la demanda en cuanto á este particular, no infringe las leyes 1.ª, *tít.* I, libro X, Nov. Rec. y la de 14 de Marzo de 1856 (Sentencia 24 Setiembre 1873).

Habiendo condenado la sentencia al pago de la cantidad reclamada y á la indemnizacion de perjuícios, á la parte obligada á ellos, segun lo dispuesto en la ley 10, tít. I, Part. 5.ª, léjos de infrigirla, la respeta y aplica con acierto (Sentencia 8 Mayo 1873).

La doctrina del pago de intereses del deudor

constituído en mora no es aplicable cuando se absuelve por no haberse justificado la obligacion de pagar (Sent 9 Marzo 1876).

El deducir la accion que nace del contrato celebrado, no excluye que se deduzca la que nace del dolo, porque ésta es independiente y puede utilizarse en la forma prescrita por las leyes, las cuales en ningun caso ni bajo ninguna condicion le favorecen (Sent. 22 Marzo 1862).

Reclamada por el demandante la indemnizacion de los perjuicios ocasionados por falta de cumplimiento de un contrato, sin especificarlos, y fijando una cantidad alzada, la sentencia en que declarando procedente el abono de aquellos, se reserva para otro juicio su regulacion y fijacion, está dentro de los límites de la demanda (Sent. 12 Mayo 1860).

Para que pueda tener aplicacion el principio de que el que causa un perjuicio á otro está obligado á su reparacion, es necesario que se haya causado por *culpa, dolo ó malicia*; y si en el pleito no consta que haya mediado alguna de aquellas circunstancias, ni áun que los perjuicios que se demandan hayan sido consecuencia de la denuncia criminal que el demandado presentó contra el demandante, al absolver á aquél no se infringe dicho principio (Sentencia 12 Junio 1877).

Artículo 1223.—Cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de reclamar la responsabilidad consiguiente al dolo ó hurto que se cometa, será nulo.

ORÍGENES

Leyes 29 y 30, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIA

Concuerda con: Ley 27, tit. XIV, lib. II, y 5.ª, tít. VII, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

Pertenece este pacto á los que segun nuestras leyes son ilícitos. «Los engaños fechos en ante de la promision se pueden quitar por pleito: non los que pudiesen facer despues del día en que fue fecha la promision: porque los tales pleitos podrian dar carrera á los omes de fazer mal».

Artículo 1224.—Son responsables del dolo proveniente de contrato sus causantes y herederos.

El que sufrió el engaño tiene dos años de término para demandarlo y treinta para reclamar daños y perjuícios, previa la prueba y tasacion de uno y otros.

Siendo varios los responsables del dolo cometido de consuno, una vez resarcido por uno de ellos no puede reclamarse de los demas.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 6.ª, tít. XVI, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

Para que el dolo alegado en juicio produzca las consecuencias que pretenden los que le alegan, es indispensable la prueba legal de su existencia, con arreglo á los principios de estricta justicia, y á ley 3.ª, tít. XVI, Partida 7.ª (Sent. 21 Marzo 1861).

Las leyes 3.ª y 6.ª, tít. XVI, Partida 7.ª, se refieren á las demandas que se interponen reclamando perjuicios causados por razon de dolo ó engaño, y al término en que debe ejercitarse la accion á que este vicio da lugar (Sent. 20 Setiembre 1861).

Cuando se reclama la indemnizacion de perjuícios y no se intenta siquiera probar su existencia, falta la base para la condenacion (Sentencia 8 Febrero 1861).

Es condicion esencial para la reclamacion de perjuícios el probar su existencia y fijar su cuantía, y siendo esta cuestion de mero hecho, á la Sala sentenciadora incumbe su resolucion (Sentencias 22 Enero y Mayo 1875 y 12 Octubre 1877).

Son inaplicables las doctrinas sobre abono de daños, y la ley 3.ª, tít. XVI, Partida 7.ª, cuando no se justifica la existencia de aquéllos (Sentencia 22 Febrero 1878).

COMENTARIO

El que hizo el daño debe indemnizalo; no es justo que de este modo se enriquezca con perjuicio de otro, ni que nadie en lugar de de él pague el mal hecho, cuya obligacion se extiende tambien á los herederos, segun la ley, conforme al principio general de que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos.

La ley, ademas de señalar plazo para la indemnizacion de perjuícios, exige como requisito especial la prueba de ellos y su tasacion, *faciendo el apreciamiento aquel que los rescibió, é tassándolo él.*

Naturalmente la indemnizacion de daños debe tener un límite, porque si no podia ser tal la escala de los perjuicios presentados que no tuvieran fin, y por eso la ley exige la prueba de ellos, y á su vez el Tribunal Supremo ha declarado por varios fallos que incumbe dicha apreciacion á la Sala sentenciadora.

En el caso de que fueren varios los que se hubieren concertado en llevar á cabo el engaño, todos ellos son responsables de él; pero una vez que el engañado cobre los daños de cualquiera de sus causantes, no puede dirigirse contra los demas.

Artículo 1225.—Cuando el engaño no proviniese de contrato sinó de otros hechos que constituyeren delito, sólo es responsable de él su causante, y los herederos únicamente en lo que recibieron de más por razon del dolo.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XVI, Partida 7.ª
Ley 3.ª, tít. XV, Partida 7.ª

COMENTARIO

Este artículo viene á establecer una excepcion al anterior, muy de tener en cuenta. Al principio de esta seccion hemos indicado la distincion entre los daños provenientes por razon de contrato y los que proceden de hechos constitutivos de delitos; pues bien, esto es lo que ha tenido en cuenta la ley 3.ª tít. XVI, Partida 7.ª al disponer que en el primer caso responden tambien los herederos del daño causado, y en el segundo, del mismo modo que prescribe la ley 3.ª, tít. XV, Part. 7.ª, sólo responden los herederos de lo que hayan recibido de más por razon del dolo. Si en el primero los herederos suceden al difunto en todos los derechos y obligaciones, por lo cual adquieren los primeros y responden de los segundos, no sucede lo mismo cuando estas provienen de delitos; de éstos son responsables sus autores, y sus herederos solamente en cuanto á lo que con aquellos se hubieran enriquecido.

Artículo 1226.—La responsabilidad procedente de culpa tiene lugar en los contratos cuando no se ha puesto la diligencia que es propia de los hombres ménos cuidadosos de sus cosas, ó cuando no ha obrado con la que ordinariamente tiene un hombre medianamente diligente, ó en fin, cuando no se ha puesto todo el esmero que es peculiar de los hombres más cuidadosos, segun los casos.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XXXIII, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

Ni la doctrina consignada en la ley 11, título XXXIII, Partida 7.ª, que define lo que es dolo, culpa y caso fortuito, ni la referente á la clase de culpa que debe prestarse en algunos contratos, son aplicables á los casos de indemnizacion establecidos expresamente por la ley (Sent. 9 Abril 1866).

COMENTARIO

La culpa obliga tambien á la indemnizacion de daños y perjuicios, para cuyo fin aquella admite distintos grados: puede ser lata, leve y levísima.

Grande e manifiesta culpa, asi como si algun ome non entendiese todo lo que los otros omes entendiesen o la mayor partida dellos, llaman las Partidas á la primera, asemejándola al engaño, lo cual tendría lugar segun ella misma se expresa, *como si algun ome tuviere en guarda alguna cosa de otro e la dejase en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuidando que la tomaria otro.*

Otra clase de culpa existe llamada leve *que es como pereza ó negligencia*; y por último, la levísima, *que tanto quiere decir como non haber ome aquella pemencia en aliñar e guardar la cosa que otro ome de buen seso auria si la tuviese.*

Estas clases de culpa se han explicado tomando por base la diligencia de los padres de familia en el desempeño de sus deberes; para lo cual se consideran unos completamente abandonados, otros simplemente diligentes y otros diligentísimos, grados que corresponden á los de la culpa.

Hoy, esta teoría, tomada del Derecho Romano, ha perdido su fuerza, considerándose por la mayor parte de los comentaristas como inútil, y retirada por completo de casi todos los Códigos.

Para su aplicacion, había algunas reglas marcadas por la jurisprudencia, segun las cuales

cuando la utilidad es sólo del que da la cosa, como en el depósito, se presta la culpa lata; cuando la utilidad es de ambos contratantes, como en la compra-venta, sociedad y otros, se presta la leve, y cuando es del que recibe, como en el comodato, la levísima.

El proyecto de Código, al tratar de esta materia, dispone en su art. 1005, que el obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, doctrina sencilla que no tendríamos inconveniente en sustituir á la antigua.

Artículo 1227.—En ningun contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado de una manera expresa, á no ser en los casos marcados por las leyes taxativamente.

ORÍGENES

Ley 11, tít. 33, Partida 7.ª
Ley 3, tít. 2, Partida 5.ª
Ley 20, tít. XIII de la misma.
Ley 4.ª, tít III de la misma.
Ley 27, tít. V de la misma.
Ley 8.ª, tít. VIII de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1148 Cód. Francia.—1281 Holanda.—1226 Italia.—1927 Luisiana.—849 Vaud.—1241 Friburgo.—556 Tesino.—928 Neufchatel.—1144 Bolivia.—Leyes 1.ª, tít. III, lib. XVI, Digesto.—Ley 6.ª, título XXIV, lib. IV, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

El principio de derecho, al cual se subordina la responsabilidad del caso fortuito, requiere que sobrevenga un suceso ignorado por las partes al tiempo de contratar, que no hayan podido prever ni resistir (Sent. 12 Abril 1873).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar las pruebas sobre si ha tenido lugar el caso fortuito, á cuya apreciacion ha de estarse, ínterin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal. (Sent. 4 Mayo 1875).

COMENTARIO

Entiéndese por caso fortuito, segun la ley 11, tít. XXXIII, Partida 7.ª, *ocasion que acaesce por aventura de que non se puede ante ver. E son estos: derribamientos de casas, é fuego que se enciende ó so ora, ó quebrantamiento de navio, fuerza de ladrones ó de enemigos...* En el mismo sentido se expresan las leyes apuntadas en los muchos ejemplos que aducen como explicacion y en todas ellas, lo mismo al hablar del depósito que de la prenda ó de otros contratos, se establece que no se presta el caso fortuito.

Sin embargo, puede haber algunos casos en que el caso fortuito se preste, y estos son: 1.º, cuando los contratantes estipularon el pagarlo si sobreviniere; 2.º, cuando por culpa del que tiene en su poder la cosa se da ocasion para que ésta pueda perderse ó empeorarse; y 3.º, cuando esto tiene lugar despues de haber concluido el plazo en que debió ser entregada y durante el tiempo que pase sin hacerlo.

En el primer caso debe prestarse el caso fortuito, porque hay que cumplir lo pactado, y en los demas igualmente, porque la pérdida de la cosa más bien que por ocasion es producida por la culpa y mora del deudor.

Artículo 1228.—Daño es el empeoramiento, destruccion ó menoscabo que uno recibe por culpa de otro en su hacienda ó en su persona.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 1.ª, tít. XV, Partida 7.ª, limitada á definir lo que es daño, no exime al actor que lo demanda de probar la culpa del demandado que lo niega (Sent. 30 Mayo 1865).

COMENTARIO

Daño es empeoramiento ó menoscabo, ó destruimiento que ome rescibe en sí mismo, ó en sus cosas por culpa de otro, segun la ley 1.ª, tít. XV, Partida 7.ª, y como la ley 3.ª, tít. VI, Partida 5.ª, al hablar indistintamente de *daños ó menoscabos*, dice que *estos menoscabos atales llaman en latin interesse*, resulta que por daño debemos entender el valor de la pérdida que uno ha experimentado en sus cosas, y por per-

juício la utilidad ó ganancia que ha dejado de percibir.

Artículo 1229.—La indemnizacion del daño deberá hacerse por el que lo causó, por sí ó por su mandado ó consejo. Sus herederos estarán obligados á esta indemnizacion si el fallecimiento del causante ocurriese despues de comenzado el pleito ó si estos herederos hubieren recibido beneficios por aquel daño, si bien en este último caso solamente estarán obligados á indemnizar en proporcion del beneficio que recibieron.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVI, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

El perjudicado debe probar la existencia de los daños y perjuícios que haya causado la persona de quien se reclaman (Sents. 9 Diciembre 1873, 22 Enero y 22 Mayo 1875).

Segun la ley 3.ª, tít. XVI, Partida 7.ª, emendar é pechar deue el daño aquel que lo fizo quier lo ouiesse fecho por sus manos o auiniesse por su culpa o fosse fecho por su mandado ó por su consejo (Sent. 17 Febrero 1874).

SECCION QUINTA

DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Artículo 1230.—Cuando hubiese dudas en la inteligència de los contratos se interpretarán estos con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. Si el contrato ó cláusula del contrato fuese susceptible de dos inteligencias, de tal manera que segun una valiese y segun otra no pudiese valer, se estará por la primera, rechazándose la segunda.

Segunda. Si las dos interpretaciones de que sea susceptible el contrato fuesen de tal naturaleza que con ambas pudiese valer, se estará por la más conforme con la razon y la verdad.

Tercera. Si por la forma de designarse la moneda en que consista el precio, hubiere diversas inteligencias respecto á la clase de monedas, se estará por la que dé un resultado más conforme con el valor de la cosa.

ORÍGENES

Ley 25, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 22, tít. XXXIII, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1156 y siguientes Código Francia.—1379 y siguientes Holanda.—945 y 1951 Luisiana.—914 Austria.—856 Vaud.—1253 Friburgo.—559 Tesino.—936 Neufchatel.—1153 Bolivia.—1131 y siguientes Italia.—Ley 219, tít. I, lib. XLV; 6.ª, tít. I, lib. XVIII; 7.ª al fin, tít. X, lib. XXXIII, Digesto.—Ley 1.ª, título XXII, lib. IV. Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Cuando las condiciones estipuladas en su contrato son claras en su tenor, no hay necesidad de recurrir á interpretaciones que sólo autoriza la ley cuando la oscuridad ó la duda las haga absolutamente necesarias para una justa resolucion (Sents. 11 Abril 1875, 10 Junio 1869, 22 Abril 1876 y 25 Octubre 1878).

Para fijar la extension y límites de las obligaciones de los contratantes consignadas en una escritura, ha de atenderse, ante todo, al tenor de sus cláusulas y condiciones (Sents. 30 Junio 1863, 11 Noviembre 1814 y 28 Marzo 1817).

Los contratos deben calificarse por las cláusulas esenciales que comprendan, más bien que por el nombre que les dieren los contratantes al tiempo del otorgamiento (Sent. 28 Enero 1859).

Sólo puede tener lugar el recurso de casacion en cuanto á la inteligencia de los contratos, cuando la que les den las Audiencias sea noto-

riamente contraria al texto de los mismos (Sentencias 23 Noviembre 1859 y 14 Marzo 1877).

No puede infringirse la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., ni la ley del contrato cuando éste se califica segun su naturaleza y con sujecion á su literal contexto (Sent. 29 Mayo 1877).

Si las dos partes litigantes adquirieron y contrajeron recíprocos derechos y obligaciones en el otorgamiento del contrato, cuyo cumplimiento es la causa del pleito, no tiene aplicacion en este caso la doctrina de que los hechos de las partes contratantes practicados en consecuencia de las obligaciones que celebran, sirven para interpretarlos, ni el principio de derecho de que la cesion es de interpretacion estricta (Sentencia 22 Abril 1864).

No puede invocarse útilmente por ninguna de las partes contratantes regla ó doctrina alguna para la interpretacion extensiva del contrato, debiendo entenderse éste en su sentido literal y estricto (Sents. 29 Octubre 1864 y 5 Julio 1873).

A falta de un documento en que conste legalmente un contrato particular hay que estar á las escrituras que acompañen á la demanda (Sent. 16 Diciembre 1864).

Segun las reglas para la interpretacion de los contratos, en vez de buscarse, deben huirse las soluciones que den por resultado el que aquellos no pueden valer (Sent. 25 Febrero 1865).

No infringe la ley del contrato, y por consecuencia la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Recop., la sentencia que al interpretar lo convenido se atiene al pacto posterior, extendido á continuacion del primitivo contrato, y por el cual se modificaba éste esencialmente (Sent. 21 Octubre 1865).

Los contratos legítimamente establecidos, deben entenderse segun sus palabras llanamente y como suenan, cuando de su natural inteligencia no resultan obligaciones absurdas ó imposibles (Sents. 15 Enero 1866, 14 Diciembre 1871 y 27 Febrero 1878).

No es verosímil que al propio tiempo de celebrar y solemnizar un contrato se propusieran los contrayentes hacerle nulo é ineficaz por un medio indirecto, contradictorio é irregular (Sentencia 28 Mayo 1866).

Las doctrinas de que en todo contrato la voluntad de los contratantes es la ley de la materia; que, cuando resulta acreditada una obligacion, es ineludible su cumplimiento por el que la contrajo; y que las palabras de que se use en ellos deben entenderse llanamente y como suenan, sólo tienen lugar cuando no se suscite duda alguna sobre la verdadera inteligencia del contrato, pues en tal caso el juzgador, combinando entre sí las diversas cláusulas que comprenda y combinándolas tambien con las pruebas que durante el juicio hubieran practicado las partes, debe fijar su verdadera inteligencia, ateniéndose para ello más especialmente al objeto ó fin que se propusieran los contratantes al celebrar el contrato, que á las palabras de que usaron para consignarlo (Sents. 17 Setiembre 1866, 16 Noviembre 1870, 23 Febrero 1871).

Cuando las cláusulas de un contrato son claras y precisas, no hay necesidad de interpretarlas (Sents. 16 Octubre 1866, 24 Junio 1868, 24 Junio 1872, 27 Octubre 1873).

No siendo oscura, dudosa, contradictoria ni por consiguiente interpretable la cláusula de un convenio, y apareciendo en ella explícitamente consignado y determinado el mútuo consentimiento de las partes, la sentencia mandando su cumplimiento no infringe ninguna ley ni principio de derecho (Sents. 25 Noviembre 1861, 26 Abril 1871, 29 Febrero 1876, 20 Octubre 1876).

Cuando se trata de interpretar cláusulas oscuras ó dudosas de un instrumento público, deben apreciarse en primer término las indicaciones ó refencias que en el mismo documento ó en otro cualquiera se hicieran sobre el punto motivo de la duda (Sent. 18 Setiembre 1863).

La ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., relativa al cumplimiento de las obligaciones en el modo en que se hicieran, no es aplicable á las cuestiones que versan sobre la inteligencia de un contrato (Sent. 5 Mayo 1866).

Cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato por los términos breves ó confusos en que se formalizó la escritura relativa á él, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites que los actos inmediatos y posteriores de los otorgantes referentes á lo convenido (Sents. 6 Junio 1868, 14 Junio 1870).

Cuando un contrato puede tener cumplimiento segun la diversa inteligencia que le den las partes contratantes, *estonces el juez debe tomar el entendimiento que es más acercado á la verdad*, segun dispone la ley 2.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª (Sent. 31 Diciembre 1868).

Los contratos deben cumplirse en los términos en que se hallan redactados, sin ampliarlos á cosas ni á casos que no se hayan estipulado expresamente (Sents. 15 Febrero 1870, 30 Abril 1878, 27 Noviembre 1878).

A las palabras de las condiciones de un con-

trato, no puede darse una interpretacion que, ademas de ser contraria al objeto y fin del mismo, sería una derogacion de la obligacion contraida expresa y terminantemente (Sent. 11 Marzo 1870).

Si bien un contrato válido y perfecto es ley para los contrayentes, cuando se suscitan dudas acerca de su inteligencia, ó se pretende desconocer su alcance y verdadero objeto, es indispensable para determinarlos, consultar los hechos anteriores que le han preparado, el conjunto de circunstancias que le han acompañado, la intencion y propósito de los otorgantes y los hechos subsiguientes de estos mismos que con él se relacionen (Sent. 20 Enero 1871).

Cuando un contrato no se reduce á escritura ni se celebra ante testigos, es absolutamente imposible que recaiga sobre él aclaracion alguna, siendo, por consiguiente, inaplicable el caso de la ley 1.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, y la doctrina referente al modo de aclarar las dudas que ocurran en la inteligencia de los contratos (Sent. 10 Marzo 1871).

Si bien deben entenderse literal y llanamente los términos del contrato cuando son claros y precisos, para que en ningun caso quede ilusorio lo pactado, debe suponerse siempre que los contrayentes se han obligado seria y deliberadamente (Sent. 14 Marzo 1871).

La resolucion de las cuestiones sobre el cumplimiento de contratos, hay que subordinarla á las cláusulas establecidas en los mismos, que son ley en la materia (Sent. 22 Febrero 1872).

No se puede dar á un contrato una inteligencia de que resulte el exclusivó provecho para una de las partes contratantes y el perjuício para la otra (Sent. 30 Enero 1873).

La ley 2.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª no tiene aplicacion cuando no ofrece duda alguna la inteligencia del contrato celebrado, constando, por el contrario, de la manera más clara y evidente, cuál fué la voluntad de los contratantes (Sents. 24 Junio 1874 y 26 Marzo 1877).

Si el contrato es claro, atendidos los datos que suministra el pleito, y no ofrece duda para la aplicacion de la regla de interpretacion, segun la cual, *en la duda*, se ha de interpretar la obligacion á favor del deudor, no se infringe dicha regla (Sent. 15 Octubre 1874).

Los actos y gestiones de las partes contratantes explican la intencion de las mismas, y determinan el valor y eficacia de las obligaciones contratadas (Sent. 3 Diciembre 1875).

No se contraría la doctrina establecida por el Supremo Tribunal de que, siendo claras las condiciones de contrato, no debe recurrirse á interpretaciones que sólo autoriza la ley, cuando la oscuridad ó la duda las haga absolutamente necesarias para una justa resolucion, si la Sala sentenciadora no recurre á interpretaciones para la inteligencia del contrato, objeto del litigio, sinó que la consigna con arreglo á su expreso y literal contexto (Sent. 8 Febrero 1875).

Las reglas que sirven para la interpretacion de los contratos, sólo tienen aplicacion cuando nace duda acerca de la inteligencia de los mismos; pero no cuando siendo claros sus términos se cuestiona sólo sobre su duracion, la cual está regulada por disposiciones legales terminantes (Sent. 16 Enero 1877).

La doctrina segun la cual en la interpretacion de los contratos debe seguirse el sentido de que sean válidos y obligatorios, no tiene aplicacion si la sentencia no desconoce la existencia de un contrato al declarar su ineficacia por la imposibilidad de su cumplimiento (Sentencia 22 Mayo 1877).

No se infringen las leyes 24, tít. XI, Partida 5.ª, sobre lo que se permite pagar en determinado punto, y 2.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, sobre los casos dudosos que necesitan aclaramiento, porque ni una ni otra tienen aplicacion al caso en que se trata de saber si se ha faltado ó no á lo estipulado en una escritura de poder (Sent. 25 Junio 1877).

Si la sentencia reconoce y declara la validez y efectos de un contrato, es inoportuno é inconducente citar como infringida la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que no establece reglas aplicables á la interpretacion de los contratos de dudosa inteligencia (Sent. 4 Mayo 1878).

El principio de Derecho de que *la cosa que es nuestra non puede pasar á otro sin nuestra palabra é sin nuestro fecho*, es inaplicable al caso en que únicamente se trata de la inteligencia de un contrato (Sent. 7 Junio 1878).

No se falta á las reglas de interpretacion, cuando las cláusulas de un contrato se entienden en el sentido claro é indubitable en que aparecen (Sent. 12 Julio 1878).

COMENTARIO

Pueden ocurrir dudas respecto de la inteligencia de los contratos, ya por omision de cláusulas, ya por haberlas expresado mal, ya por hallarse en oposicion unas con otras, y la juris-

prudencia ha sido la encargada de fijar las reglas de interpretacion; pero no son las expuestas en el artículo las que únicamente rigen; pues hay algunas más citadas por los autores, y sobre las cuales se han dictado algunos fallos por el Tribunal Supremo, que no haremos más que exponer.

Tales són:

1.ª Deben suplirse en los contratos las cláusulas que son de estilo ó de necesidad, aunque no se hayan expresado (ley 34, párr. 20, tít. I, lib. 21, Digesto).

2.ª Por generales que sean las cláusulas del contrato, jamás debe comprender otras cosas que aquellas en que pensaron y sobre que se propusieron contraer los otorgantes (ley 9.ª, tít. XV, lib. II, Digesto).

3.ª Cuando en un contrato se expresa un caso particular para evitar toda duda sobre el mismo caso, no por eso se entiende restringida la extension que las leyes conceden á la obligacion de que se trata, con respecto á los casos no expresados (ley 81, tít. XVII, lib. L, Digesto).

4.ª Cuando no se puede hacer interpretacion alguna sin tropezar siempre en algun mal, daño ó perjuicio, debe entónces adoptarse lo que sea ménos injusto, por la regla general de que entre dos males ha de elegirse el menor (ley 200, título XVII, lib. L, Digesto).

5.ª Cuando en una contienda sobre la inteligencia ó las consecuencias de un contrato, una de las partes reclama lo suyo ó trata de evitar su daño, y la otra no aspira sinó á obtener alguna ganancia, debe favorecerse en caso de duda más bien á la primera que á la segunda (ley 41, tít. XVII, lib. L, Digesto).

6.ª En todo negocio importa distinguir la declaracion de la obligacion y la de la liberacion (ley 47, tít. VII, lib. XLIV, Digesto).

7.ª En los contratos, la cláusula concebida en plural se descompone en otras particulares.

8.ª La conclusion de una frase se refiere á toda ella, no á la palabra que inmediatamente la precede; en el supuesto que convenga en género y número á toda la frase.

9.ª Debe atenderse, más que á la acepcion rigurosa y gramatical de las palabras, á su espíritu, dándoles la significacion más conforme con la intencion de las partes y el objeto que se propusieron.

10. Los actos inmediatos y posteriores de los otorgantes determinarán, siempre que sea posible, la significacion del contrato.

Todas estas reglas, y muchas más que pudieran citarse, han sido tomadas del Derecho Romano, son extensivas á todos los pueblos, como dictadas por la equidad, y sirven, en union de lo que sobre el particular tiene igualmente declarado el Tribunal Supremo, para resolver las dudas á que puede dar lugar la inteligencia de los contratos.

Debemos hacer notar, por último, que muchos autores hacen aplicacion á los contratos de una regla de interpretacion que se dió para los testamentos, y que refiriéndose al caso de duda respecto de la clase de moneda, dice: «Debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que vale ménos... si mandare alguno cien dineros se han de entender dineros de la menor moneda que corriesse en la tierra». En nuestro sentir, esta regla solamente tiene aplicacion á los testamentos, y áun pudiera extenderse á las donaciones; pero jamás á los contratos en que ambas partes adquieren obligaciones. Por el contrario, la regla 3.ª de nuestro artículo, de la que se olvidan casi todos los autores, nos parece más justa y sobre todo acomodada á la ley, que explicando el caso de que una parte afirme que lo pactado son maravedís blancos y otra que son maravedís negros, dice: *si tal dubda como esta non se pudiesse aueriguar por carta, nin por testigo, deue el Juzgador catar, si la cosa vendida es cosa que pueda valer tanto cuanto alguna de las partes dize, é non más: é segund esso deue declarar la dubda é dar su juycio.*

Artículo 1239.—En caso de duda, la interpretacion de cualquiera cláusula se hará contra la parte que, por su falta de explicacion, hubiere ocasionado la oscuridad, y si eso no fuere posible, se interpretará del modo más favorable al obligado.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 5.ª, tít. XXXIII Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la última parte con: Art. 1162 Cód. Francia.—1386 Holanda.—1159 Bolivia. — 1952 Luisiana. — 863 Vaud. — 942 Neufchatel.—1258 Friburgo.—1137 Italia.—Leyes 12, 28 y 29, tít. I, lib. XLV, Digesto: 172 de *regulis juris.*

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Diciembre 1864.

COMENTARIO

Desde luégo se comprende que las reglas que se contienen en este artículo son subsidiarias, y por tanto, que sólo tienen aplicacion cuando suscitada la duda, aquél que la alegó no puede probar la verdad de su interpretacion, ora por los medios ordinarios de prueba, ora por ser pertinente al caso alguna de las reglas de que hemos hablado en el artículo anterior; por eso la ley, despues de explicar aquellas, añade: *e si alguna de estas razones el juzgador non pudiere catar, nin veer, estonce deue interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra o el pleyto oscuramente a daño del é a pro de la otra parte.*

La segunda regla del artículo que comentamos es á su vez subsidiaria de la anterior.

CAPÍTULO II

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

DISPOSICION GENERAL

Artículo 1232.—Las obligaciones que pueden constituirse en los contratos son:

Puras ó condicionales (*a*).

A plazo ó sin él (*b*).

Conjuntivas ó alternativas (*c*).

Mancomunadas y solidarias (*d*).

Con cláusula penal ó sin ella (*e*).

ORÍGENES

(*a* y *b*) Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª

(*c*) Leyes 23 y 24 del mismo título y Partida.

(*d*) Ley 10, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion.

(*e*) Leyes 34 y 40, tít. XI, Partida 5.ª

Ley 1.ª tít. XI, lib. I, Fuero Real.

COMENTARIO

Aunque la obligacion es siempre la misma en su esencia, no sucede así con su forma, la cual puede ser varia.

Las diversas clases de obligaciones que se enumeran en nuestro artículo tendrán oportuna explicacion. Vamos á ocuparnos, sin embargo, en este lugar, de las obligaciones divisibles é indivisibles, clasificacion que no se consagra expresamente en ninguna ley, pero que en la práctica tiene lugar y aplicacion.

Generalmente se distinguen tres especies de obligaciones: divisibles, indivisibles y mixtas, segun que recaen en cosas que admiten division, ó que no la admiten, ó que siendo susceptibles de fraccionamiento, no satisfacen á la estipulacion como no se entreguen enteras.

La division de la obligacion tiene lugar, ó por parte del deudor, ó por parte del acreedor, ó por parte de ambos, cuando mueren dejando varios herederos el primero, el segundo ó ambos; debiéndose tener en cuenta en estos casos, que la obligacion se fracciona de tal modo, que cada uno de los herederos no puede pedir ó responder, segun sea acreedor ó deudor, más que de la parte que le haya correspondido.

Este principio sin embargo no rige: 1.º, cuando la deuda es hipotecaria, si no lo acuerdan el acreedor y deudor; 2.º, si consistiese en cuerpo cierto y determinado; 3.º, si uno solo de los herederos es el encargado de su cumplimiento: 4.º, cuando es la deuda alternativa y se pacta que la eleccion la haga el acreedor; y 5.º, si la

intencion de los contrayentes fué el que no se satisfaciese la deuda parcialmente.

Las obligaciones indivisibles deben ser cumplidas en su totalidad, tanto por el deudor como por sus herederos.

El acreedor puede dirigirse contra todos si por todos puede ser cumplida la obligacion, y si por uno sólo, contra éste, el cual podrá reclamar indemnizacion de los demás. Análogos efectos producen estas obligaciones en cuanto al acreedor en caso de ser varios sus herederos, y cuando por inejecucion de lo pactado se deban los daños y perjuicios. Así como todos los acreedores deberán participar de los mismos.

Esto basta para tener idea de lo que son las obligaciones divisibles é indivisibles que no han dejado de llamar la tencion de los autores como materia sutil y difícil de explicar.

SECCION SEGUNDA

DE LAS OBLIGACIONES PURAS Y CONDICIONALES

Artículo 1233.—La obligacion es pura, cuando su cumplimiento no depende de condicion alguna ni tiene señalado día.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda mútuamente con el párr. 2.º, título XVI, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Las disposiciones legales que tratan de los contratos condicionales no tienen aplicacion á los puros (Sent. 9 Noviembre 1859).

Artículo 1234.—La obligacion es condicional, cuando su cumplimiento depende de un hecho futuro é incierto.

Tambien puede constituirse obligacion condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. IV, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Art. 1168 Cód. Francia.—1289 Holanda.—2016 Luisiana.—897 Austria.—1157 Italia.—672 con diferencias Portugal.—867 Vaud.—567 Tesino.—948 Neufchatel.—100, tít. IV, parte 1.ª Prusia.—1165 Bolivia.—Párr. 4.º, tít. XVI, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Pactada en un contrato la presentacion de los documentos que legitimen los créditos, como requisito especial para su pago, es subsistente y eficaz esta condicion, á no ser que por mútuo convenio de las partes se deje sin efecto (Sent. 8 Marzo 1861).

Es condicion todo lo que modifique ó extienda los efectos de un contrato, imponiendo á uno de los contratantes la obligacion de sujetarse á ello (Sent. 24 Diciembre 1866).

Las cargas que los otorgantes quieran imponerse al celebrar los contratos, participan de la naturaleza de las condiciones (Sent. 19 Junio 1868).

Cuando no se trata de un contrato condicional, son inaplicables las leyes referentes á dicha clase de contratos (Sent. 31 Enero 1870).

En materia de obligaciones, las partes contratantes son árbitras de someterse á cuantos gravámenes y condiciones quieran recíprocamente imponerse, con tal que resulten lícitos y honestos, siendo el contrato la ley aplicable en tales casos, como lo tiene establecido el Tribunal Supremo en diferentes sentencias (Sentencia 17 Abril 1873).

Toda condicion ó circunstancia que pertenece á la naturaleza ordinaria de un contrato

se entiende siempre comprendida en él, á no ser que se la haya excluido expresamente por la voluntad de los contrayentes, siendo lo contrario lo que sucede con la circunstancia, que de suyo es accidental, porque no puede exigirse su cumplimiento sinó cuando se pacta de una manera explícita y concreta (Sents. 5 Mayo 1873 y 25 Abril 1874).

COMENTARIO

La obligacion puede depender de un hecho futuro é incierto ó pasado, siempre que sea desconocido de las partes, y entónces recibe el nombre de obligacion condicional, ó como dicen las Partidas *so condicion*, la cual, *tanto quiere decir, como pleito, o postura que es fecha sosbre otro pleito con esta palabra si... E en las promisiones aviene la condicion de esta quisa asi como cuando un ome dice a otro: Prométote de dar cien maravedís, si tal ome fuere a tal lugar*; *asi como dicho es de suso.*

En el mismo sentido se expresan todas las leyes de Partida; pero la 12, tít. XI, de la Partida 5.ª, dice que el acontecimiento de que dependa la obligacion puede ser tambien pasado; mas estas condiciones prepósteras, ó referentes á hechos pasados, es preciso que versen sobre acontecimientos ignorados por las partes.

Artículo 1235.—Cuando la obligacion depende de un hecho futuro, nadie está obligado ó desobligado hasta que éste se verifica.

Si el hecho de que depende la obligacion fuere pasado, sólo se entenderá aquélla existente en cuanto se ignore el hecho ocurrido; no en el caso contrario.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando el cumplimiento de la condicion no depende de la voluntad del obligado sinó de la de un tercero á quien no puede compeler de modo alguno, la sentencia que aprecia que el obligado hizo cuanto estaba de su parte para cumplir la obligacion, sin que contra dicha apreciacion se alegue que al hacerla se ha cometido infraccion de ley ó doctrina, y manda que el otro contrayente cumpla lo pactado por su parte, no infringe la ley del contrato, ni la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., ni la 12, tít. XI, Partida 5.ª (Sents. 19 Noviembre 1866 y 23 Febrero 1871).

Cuando en un pacto se estipula que todo lo en él convenido quedará nulo y sin valor si no se verifica cierta condicion, no realizándose ésta, no puede exigirse la eficacia de lo demas pactado (Sent. 27 Enero 1871).

La sentencia que no lo estima así, infringe la ley del contrato, la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Recopilacion, que prescribe el puntual cumplimiento de las obligaciones de la manera que han sido contraídas, y la 12, tít. XI, Partida 5.ª, que trata de los efectos de promisiones condicionales, y establece textualmente que «si non se cumple la condicion, entónces no vale la promision» (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

En el anterior artículo se ha dicho cómo las obligaciones condicionales pueden depender de un acontecimiento futuro ó pasado, y en éste se marcan los efectos distintos que aquéllas tienen en uno ú otro caso.

En ambos la condicion es suspensiva; pero se diferencia en que la primera no produce efecto miéntras no se cumple, así como la segunda, ademas de haber tenido lugar, han de ignorarlo las partes, pues de otro modo pierde su carácter de condicion.

Artículo 1236.—La condicion es suspensiva cuando su efecto suspende el cumplimiento de la obligacion hasta que se verifique ó no el hecho condicionante.

Es resolutoria cuando, cumplida que es, produce la resolucion de la obligacion, y repone las cosas en el estado que tenían ántes de otorgarse.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 38, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 1181 y 1183 Cód. Francia.—Ley 4.ª, tít. II, y 1.ª y 2.ª, tít. III, lib. XVIII, Digesto.

En cuanto al segundo párr. con: Art. 1301 Holanda.—879 Vaud.—2040 Luisiana.—1178 Bolivia.—114, tít. IV, parte 1.ª, Prusia.—1167 Italia. — 1168 Friburgo. — 580 Tesino.—963 Neufchatel.

COMENTARIO

Entre las especies de condiciones se cuenta la de suspensivas y resolutorias, cuyos efectos son distintos, porque miéntras el cumplimiento de las primeras da vida á la obligacion, el de las segundas la extingue y vuelve las cosas al sér que tenían anteriormente. Esta última tiene su lugar marcado entre los modos de extinguirse las obligaciones.

Artículo 1237.—La condicion es casual, cuando depende de un suceso eventual ajeno á la voluntad de los contratantes.

Es potestativa, cuando depende de la voluntad de una de las partes; y mixta, cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno á la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 9.ª, tít. IV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1169 al 1171 Cód. Francia.—1166 Bolivia.—1159 Italia.—2017, 2018 y 2020 Luisiana.—868 Vaud.—949 al 951 Neufchatel.—Párr. 4.°, tít. XVI, lib. III, Instituta.—Ley 4.ª, tít. V, lib. XXVIII, Digesto.—Ley única, párr. 7.°, tít. LI, lib. VI, Código Romano.

Artículo 1238.—Las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por la ley, anulan el contrato.

La condicion de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta, y no anula la obligacion.

ORÍGENES

Leyes 17 y 21, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1172 y 1173 Código Francia.—1290 y 1291 Holanda.—1160 y 1161 Italia.—2026 y 2027 Luisiana.—1167 y 1168 Bolivia.—868 y 869 Vaud.—952 y 959 Neufchatel.—Leyes 7.ª y 69, tít. I, lib. XLV, Digesto.—Párr. 10, tít. XX, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 15 Julio 1848.
Sent. 25 Mayo 1860.

Si bien es cierto el principio legal de que todas las condiciones que se estipulen en los contratos deben cumplirse, si no son contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres, este principio está subordinado, como todos los que envuelven la realizacion de algun hecho, á su justificacion en juicio; y por consiguiente, su aplicacion depende de la apreciacion que de la prueba hiciere la Sala juzgadora (Sent. 2 Octubre 1866).

Cuando las condiciones consisten en un hecho positivo y hacedero, pero dependiente de la ejecucion de un tercero, no vale reputarlas comprendidas entre las condiciones imposibles que determina la ley 17, tít. XI, Partida 5.ª (Sent. 19 Noviembre 1866).

Es doctrina legal el que las obligaciones deben cumplirse estrictamente por las partes contratantes, siempre que no sean contrarias á las prescripciones del derecho ni á la moral y buenas costumbres (Sent. 11 Febrero 1874).

COMENTARIO

Ya nos son conocidas las condiciones posibles é imposibles. Pues bien: la ley, en el caso del artículo, distingue en las últimas las afirmativas de las negativas para determinar sus efectos, y declara nulas aquellas obligaciones en que se pusieron las primeras, y válidas las que dependen de condiciones imposibles negativas.

La razon de la diferencia consiste en que las primeras, ya su imposibilidad sea física ó moral, no pueden cumplirse ni pueden permitirlo las leyes; tal sucede, por ejemplo, con la promesa hecha á una persona bajo la condicion de que mate á otro: la imposibilidad de cumplirla por ser contraria á la moral y á las leyes, anula la obligacion que de ella depende; pero las condiciones imposibles negativas, como su imposibilidad es cierta y necesaria desde el principio, no pueden considerarse como tales condiciones y no se tienen por puestas, desde el acto del otorgamiento quedan obligados los contratantes. El ejemplo puesto en la ley 17, tít. XI, Partida 5.ª, explica perfectamente este punto: *Si non tanjares con el dedo al cielo, prométote de dar ó de facer tal cosa.* Como tal condicion es imposible de llevar á cabo desde el principio, el que prometió queda obligado desde entónces á cumplir lo prometido.

Artículo 1239.—Cuando sin culpa de la parte obligada á cumplir la condicion ó por

impedirlo el deudor, no tiene ésta lugar, se reputa cumplida.

ORÍGENES

Leyes 14, tít. IV, y XXII, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1178 Cód. Francia.—1296 Holanda.—2035 Luisiania.—874 Vaud.—102, tít. IV, parte 1.ª, Prusia.—Ley 87, pár. 7, tít. I, lib. XLV, XXIV y LXXXI, pár. 1.º, tít. I, lib. XXXV, Digesto, 55, 151 y 155 de *regulis juris*.

JURISPRUDENCIA

Cuando por falta de uno de los obligados deja de cumplirse alguna condicion del contrato, no puede el que está en aquel caso considerarse exento de responsabilidad, sinó que la obligacion deja de ser entónces condicional y adquiere el derecho de reclamar aquel á cuyo favor fué constituída (Sent. 30 Setiembre 1859).

Artículo 1240.—Los derechos y obligaciones de los contrayentes que fallecieron ántes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 26, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1179 Cód. Francia.—1297 Holanda.—2036 Luisiana.—875 Vaud; leyes 11, pár. 1.º, tít. IV, lib. XX Digesto; párrafo 24, tít. XX, pár. 4.º, tít. XVI, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Mayo 1877.

COMENTARIO

El proyecto de Código, de acuerdo con los Códigos citados, declara que los efectos de la obligacion se retrotraen al dia en que se contrajo, cumplida la condicion; y, en efecto, no siendo ésta otra cosa que una modificacion del contrato al cual va unida, una vez que ésta tenga lugar, deberá aquél ser cumplido como si aquélla no hubiera existido; de suerte que cuando mueren los contrayentes ántes del cumplimiento de la condicion, se trasmitan sus derechos á sus herederos, á los cuales obliga igualmente lo estipulado, porque es un principio inconcuso de derecho que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos.

Artículo 1241.—La obligacion contraída bajo condicion no existe sinó despues del cumplimiento de ésta.

El deudor puede demandar lo que hubiere pagado ántes, siempre que sea la condicion establecida de dudoso cumplimiento; no en el caso contrario.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. IV, Partida 4.ª
Ley 14, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 32, tít. XIV de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1181 Cód. Francia.—1299 Holanda.—877 Vaud.—2038 Luisiana. Párr. 4.º, tít. XVI, lib. 3.º, Instituta.—Ley 213, tít. XVI, lib. L, 16, tít. 6.º, lib. XII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Octubre 1864.
Sent. 25 Junio 1867.

Los contratos condicionales y los en que los contratantes adquieren y contraen recíprocos derechos y obligaciones sólo son eficaces cuando se llenan las condiciones, ó aquéllos cumplen con lo que respectivamente se han obligado.

Sent. 24 Diciembre 1866.

El cumplimiento de los pactos condicionales depende de la realizacion de las condiciones (Sent. 10 Noviembre 1860, 27 Mayo 1864).

Los pactos condicionales en tanto son obligatorios en cuanto son cumplidas las condiciones posibles y lícitas que los interesados se han impuesto (Sent. 21 Febrero 1863).

Cuando la Sala aprecia que el demandante no ha probado que los demandados dejasen de cumplir las obligaciones á que estaban comprometidos, no queda desatendida la regla jurídica de que los contratos condicionales pueden rescindirse por el no cumplimiento de la condicion (Sent. 16 Noviembre 1870).

Las obligaciones contraidas bajo condicion de que exista algun hecho ó suceso en tiempo determinado, caducan si aquél no se realiza dentro de este tiempo (Sent. 30 Enero 1874).

Al que solicita el cumplimiento de una obligacion condicional incumbe la prueba de que se ha realizado la condicion estipulada (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

El efecto principal de las obligaciones condicionales consiste en que para su existencia necesitan el cumplimiento de la condicion, y por tanto nadie queda obligado miéntras esto no tenga lugar.

Por esta misma razon, si el deudor hubiere pagado algo ántes de verificarse la condicion, podrá reclamarlo cuando ésta sea de dudoso cumplimiento, porque, como dice la ley, *podrá acaescer por aventura que non se cumpliría la condicion.*

Artículo 1242.—Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condicion suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare ó bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:

Si la cosa se perdió totalmente por cualquier manera, el daño es para el deudor, aunque se cumpla despues la condicion.

Si se deterioró ó mejoró la cosa ántes de cumplirse ésta, el daño ó provecho pertenecen al acreedor.

ORÍGENES

Ley 26, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 8.ª, tít. VI, lib. XVIII, Digesto.

COMENTARIO

La ley hace distincion entre la pérdida total y parcial de la cosa para determinar quién es el que debe sufrirla. Como dice Goyena, «el efecto retroactivo se funda en la ficcion de que el contrato fué puro; y la ficcion no puede tener lugar, cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa.»

Eso mismo principio de retroactividad en los efectos de la obligacion es el que tambien explica lo dispuesto en el último párrafo del artículo. En efecto; si una vez cumplida la condicion se convierte en pura la obligacion, y para sus efectos se atiende el día en què se contrajo, las mejoras ó pérdidas que la cosa sufre son del acreedor, que segun aquel principio se le supone con derecho á la cosa desde el principio.

La regla que en esta materia debe seguirse es que debe sufrir el daño aquél que tiene derecho á las mejoras.

Artículo 1243.—Cuando la obligacion se hubiere contraído bajo condicion resolutoria, cumplida que sea ésta, debe restituirse lo que se hubiere percibido en virtud del contrato, y los frutos, prévia deduccion de gastos.

En el caso de pérdida ó deterioro de la cosa restituible por culpa del que la que tuvo en su poder, debe indemnizar los daños al que la recibe.

ORÍGENES

Leyes 38 y 40, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda la primera parte con: Arts. 1183 Código Francia.—1178 Bolivia.—680 Portugal.—2040 Luisiana.—114, tít. IV, parte primera, Prusia.—1164 Italia.—879 Vaud.—1168 Friburgo.—580 Tesino.—963 Neufchatel.—1301 Holanda.—Títulos II y III, lib. XVIII, Digesto.

COMENTARIO

En este artículo se hallan determinados los efectos de la obligacion contraída bajo condicion resolutoria.

Varias son las clases de condiciones resolutorias que pueden ponerse en los contratos; ejemplo de lo cual tenemos en las leyes 38 y 40, tít. V, Partida 5.ª, que comprenden algunas, como son el pacto de adicion *in diem*, el de retroventa y el de la ley comisoria; y todas ellas, siempre que no se opongan á la ley ó á las buenas costumbres, producen como primer efecto la rescision de las obligaciones á que van unidas.

Los frutos deben devolverse con la cosa objeto del contrato, una vez cumplida la condicion resolutoria, deduciendo de ellos los gastos hechos en hacerlos producir, á no ser que el vendedor se negase á devolver las arras ó parte del precio recibido, en cuyo caso no tiene el com-

prador obligacion de entregar los frutos, segun veremos más adelante.

Otro de los efectos de esta clase de obligaciones es el que se refiere á la indemnizacion de daños y perjuicios por las pérdidas ó menoscabos que sufra la cosa por culpa del que la tuvo en su poder. Justo es que pague los desperfectos el que con su desidia ó por su culpa dió ocasion á que se produjeran; pero por la misma razon nos parece justo que el que es responsable de los desperfectos, sea acreedor á las mejoras hechas con su trabajo ó industria.

SECCION TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES Á PLAZO Ó SIN ÉL

Artículo 1244.—Es obligacion á plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un dia cierto.

Puede hacerse á dia señalado y á dia cierto, aunque se ignore cuándo llegará.

Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el dia, la obligacion es condicional.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 31, tít. IX, Partida 6.ª
Sent. del T. S. 9 Febrero 1861.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 2.º, tít. XV, lib. II, Instituta.—Ley 45, tít. III, lib. XLV, y XXI y XXII, tít. II, lib. XXXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La designacion de un dia incierto en el cual deba cumplirse un contrato le hace condicional, y no se considera cumplida la condicion hasta que llega aquel dia (Sent. 9 Febrero 1861).

El término ó plazo que las partes estipulan para el cumplimiento de los contratos que celebren, corre de momento á momento, como todos los convencionales, sin deduccion, por lo tanto, de los dias festivos, toda vez que no lo pacten expresamente (Sent. 6 Marzo 1865).

El estimarse como incierto por una ejecutoria el dia en que un contrato debe cumplirse, equivale á hacerlo dependiente de una condicion (Sent. 11 Julio 1868).

Cuando en una escritura no hay condicion alguna eventual, sino una obligacion llana á dia cierto, no es aplicable la doctrina de que para que pueda exigirse el cumplimiento de una obligacion eventual es indispensable que haya llegado el caso previsto en el contrato (Sent. 26 Enero 1869).

Artículo 1245.—El efecto del plazo es retardar el cumplimiento de la obligacion hasta que venza el dia señalado.

Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse.

ORÍGENES

Leyes 14, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 32, tít. XIV de la misma Partida.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1186 Código, Francia.—1174 Italia.—1305 Holanda.—1047 Luisiana.—1181 Bolivia.—882 Vaud.—1172 Friburgo.—583 Tesino.—966 Neufchatel.—Ley 46, tít. I, lib. XLV Digesto.—Párr. 2.º, título XV, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Aunque la ley 14, tít. XI, Part. 5.ª, no reputa obligatorio el contrato á día cierto, y es condicional hasta que llegue el dia ó se cumpla la condicion, para aplicar este precepto legal es necesario estar á la apreciacion de los medios probatorios (Sent. 2 Octubre 1866).

COMENTARIO

Prescribe la ley 14 que el cumplimiento de la obligacion contraída á plazo no puede tener lugar hasta que éste venza; pero conviene distinguir el plazo de la condicion, porque así como ésta suspende el compromiso, aquél sólo su ejecucion, de suerte que se debe desde el

principio; de aquí el que los herederos queden obligados cuando el testador ó principal muere ántes de vencer el plazo.

El segundo párrafo del artículo es lo que sobre las obligaciones condicionales dejamos ya dicho; no puede reclamarse lo que anticipadamente se ha pagado, porque del mismo modo que dijimos sucedía con las condiciones cuyo cumplimiento no ofrecía duda, el dia señalado ha de venir, y no hay por qué demandar lo que más tarde tiene que entregarse otra vez.

Artículo 1246.—Cuando para el cumplimiento de una obligacion de dar ó hacer alguna cosa se señalase un año, sin determinar cuál, se entenderá que es el inmediato siguiente al en que se otorgó el contrato.

Cuando se prometiese dar ó hacer alguna cosa cada año, sin determinar en qué época del mismo, se entenderá que debe cumplirse en fin de cada uno. Mas si esta obligacion fuere para todos los años de la vida del acreedor, deberá cumplirse al principio de cada año.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1247.—Cuando ademas del plazo se estableciera condicion, aunque ésta se cumpla, no es exigible la obligacion hasta que aquél venza.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1248.—Las obligaciones puras y sin plazo son exigibles desde su otorgamiento, y para llevarlas á cabo marcará el juez el corto plazo que aconsejen las circunstancias y su prudencia.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 2.º, tít. XVI, lib. III, Instituta.—Leyes 41, párrs. 1.º y 118, párr. 1.º, tít. I, lib. XLV, Digesto.

COMENTARIO

Aun cuando las obligaciones puras deben ser cumplidas desde el momento en que se contraen, puede haber circunstancias que se opongan á ello; y por esta razon, así como el Código de Comercio establece que las obligaciones son exigibles á los diez días, si sólo producen accion ordinaria, y al día inmediato si traen aparejada ejecucion, las Partidas, en vez de marcar plazo dejan á la prudencia del juez el declarar el señalarle conforme á las circunstancias, y de esta manera puede explicarse la contradiccion que parece existir entre ser una obligacion pura y estar sujeta al señalamiento de plazo.

SECCION CUARTA

DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTIVAS Y ALTERNATIVAS

Artículo 1249.—El obligado á diversas cosas conjuntamente, debe cumplirlas todas.

El obligado á diversas cosas alternativamente, no lo está sinó á cumplir una sola de ellas.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la segunda parte con: Art. 1189 Cód. Francia.—1315 Holanda.—733 Portugal. — 2062 Luisiana. — 1189 Bolivia.— 1177 Italia. — 885 Vaud. — 589 Tesino. — 969 Neufchatel.—Leyes 29 y 140, tít. I, lib. XLV, 5.ª, tít. VII, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si resulta de autos que en una ejecutoria se condenó al demandado á que, en cumplimiento de un contrato, facilitase al demandante, en el término convenido de seis meses, la licencia de

la administracion necesaria para la corta de madera que aquél habia vendido á éste, ó en otro caso se le condene á que devuelva el precio del arriendo con el abono de daños y perjuicios; optando el demandado por el primero de los extremos, sería injusto obligarle á cumplir con el segundo, por cuanto en las obligaciones alternativas, si el deudor cumple con la una, queda libre de la otra; y por tanto, la Sala sentenciadora, al fallar que se abonen los perjuicios, infringe la ejecutoria (Sent. 3 Octubre 1877).

Con arreglo al espíritu de la ley 24, tít. XI, Partida 5.ª, las obligaciones disyuntivas se solventan por el obligado, cumpliendo una de ellas, «cual quisiere e non mas.» (Sent. 21 Noviembre 1876.)

COMENTARIO

O e E son dos letras que facen gran departimiento en los pleitos e en las promisiones que son puestas, dice la ley 24, tít. XI, Partida 5.ª, *ca la O departe e desyunta las cosas que son prometidas... y la otra letra que dicen E ayunta las cosas nombradas en la promision.* Esto explica la naturaleza y sirve de base para marcar los efectos de las obligaciones alternativas y conjuntivas. Por medio de la letra *O* se unen en la obligacion dos cosas, de las cuales sólo se debe una, y por medio de la *E* quedan sujetas todas las cosas nombradas al cumplimiento de lo pactado.

Artículo 1250.—En las obligaciones alternativas la eleccion corresponde al deudor, si no se ha pactado lo contrario.

En el caso de perderse una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiera quedado.

ORIGENES

Ley 23, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIA

Concuerda con: Arts. 1110 y 1190 Código Francia.—1316 y 1311 Holanda.—1179 y 1180 Italia.—2063 y 2066 Luisiana.—1185 y 1188 Bolivia.—886 y 889 Vaud.—970 y 993 Neufchatel. —588 y 591 Tesino.—1176 y 1179 Friburgo. Leyes 21, párr. 6.°, tít. I, lib. XIX; 2, párr, 3.°; tít. IV, lib. XIII; 16, tít. I, lib. XLV; 95, título III, lib. XLVI; 34, párr. 6.°, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

En cuanto á la primera parte, concuerda con el art. 274, tít. V, parte 1.ª Cód. Prusia.—733 Portugal. El 734 y 735 del mismo hacen varias distinciones en cuanto al segundo párrafo del nuestro.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Enero 1868.

COMENTARIO

La eleccion, como vemos, corresponde al deudor; pero esto no quita para que, si renunciase á ella á favor del acreedor, pueda éste hacerla.

Aun cuando una de las cosas prometidas desaparezca, no se extingue la obligacion, porque abarcando ésta alternativamente todas las que se prometieron, sinó en una podrá en otra llevarse á cabo lo pactado, sin que el deudor pueda excusarse de su entrega ofreciendo el precio, porque no fué esto lo convenido, y por consiguiente lo obligatorio á las partes contratantes.

Excusado es decir que cuando una de las cosas prometidas no fuere susceptible de obligacion, no puede considerarse ésta como alternativa, porque necesariamente hay que entregar desde el principio sólo una de ellas.

SECCION QUINTA

DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Artículo 1251.—Cuando dos ó más personas se obligan á hacer ó cumplir alguna cosa, se entienden obligados por iguales partes, salvo si cada uno se obligare *in solidum* ó de cualquier otro modo en el contrato.

Siendo la obligacion solidaria, cada uno de los acreedores puede recibir y cobrar toda la deuda, y cada uno de los deudores es responsable de ella: pagada la cual, quedan libres los demas de la obligacion.

En caso de insolvencia de un deudor, están los demas obligados al pago de la deuda.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con: Artículos 1197 Cód. Francia.—1184 Italia.—1314 Holanda.—2083 Luisiana.—1190 Bolivia.—893 Vaud.—1183 Friburgo.—596 Tesino.—995 Neufchatel.—Ley 2.ª, tít. II, lib. XLV, Digesto; títulos XV y XVII, lib. III, Instituta.

El art. 731 Cód. Portugal, en su primer párrafo y número primero, concuerda con el nuestro.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Febrero 1875.

La ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que se refiere á los contratos, no puede tener aplicacion, ni por consiguiente ser infringida en el caso de que entre los litigantes no haya mediado contrato alguno (Sent. 25 Enero 1864).

Si bien obligándose dos simplemente se entiende de por mitad, sin embargo, cuando de los actos posteriores de uno de los obligados se deduce que él lo es en primer lugar, la sentencia que así lo considera no infringe la ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 30 Enero 1864).

Siendo mancomunada y solidaria una obligacion, puede reclamarse de alguno de los obligados, quedándole expedita la accion para hacerlo á su vez contra los demas (Sent. 9 Marzo 1861).

La ley 10, tít. I, lib. 10, Nov. Rec., en la que se dispone que cuando dos se obligan implemente se entiende de por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*, se refiere á los que por contrato ó de otra manera se obligan á hacer ó cumplir alguna cosa, pero no á los que tienen derecho á exigir el cumplimiento de lo pactado (Sent. 29 Setiembre 1866).

La ley 10, tít. I, lib. X, que trata de las obligaciones mancomunadas, se refiere á contratos y no puede aplicarse á sentencias (Sent. 13 Febrero 1872).

Cuando dos se obligan de mancomun é *in solidum*, el uno como principal obligado y el otro como fiador, á pagar á otro una cantidad, la sentencia que los condena á verificarlo mancomunadamente no infringe la ley 1.ª, tít. I, libro X, Nov. Rec., ántes bien se funda en ella, atemperándose estrictamente á lo convenido por las partes (Sent. 4 Enero 1871).

Lo dispuesto en la ley 10, tít. I, lib. X Nov. Rec., es inaplicable al pleito en que la sentencia declara nula en cuanto á la demandada la escritura que otorgó de mancomun con su marido, cuya declaracion en nada se opone á la expresada ley (Sent. 24 Octubre 1876).

Tampoco es aplicable la ley 12, tít. I, lib. X, Nov. Rec., ó sea la 56 de Toro, y no se quebranta en dicha sentencia, porque lo dispuesto en ella es que valgan los contratos que hiciere la mujer con licencia de su marido, lo cual se refiere á los que otorga sola y exclusivamente, pero no cuando lo ejecuta de mancomun con aquél (Sent. id., id. id.).

Constando clara y terminantemente que los demandados se obligaran solidariamente á pagar al demandante una cantidad líquida y el interés de un 8 por 100, la Sala sentenciadora al condenarles en ese concepto al pago de parte de esa cantidad, que no habían satisfecho, no infringe la ley del contrato, ni las 13 y 15, título XI, Partida 5.ª, 1.ª y 10, tít. I, lib. X,

Nov. Rec., que tratan de las obligaciones, y cómo deben cumplirse (Sent. 21 Abril 1876).

La ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec., segun la cual, cuando dos personas se obligan simplemente por contrato, se entienden obligadas cada una por mitad, supone que las obligaciones contraidas son de una índole y naturaleza principales ó subsidiarias (Sent. 13 Abril 1878).

COMENTARIO

Se entiende por obligacion de *mancomun* aquella en que dos ó más personas se obligan á pagar una deuda, ya á prorata, ya *in solidum*, á una sola persona, ó dos ó más acreedores á recibirla de un solo deudor.

La mancomunidad puede ser, por tanto, entre acreedores ó entre deudores, y para marcar los efectos en uno y otro caso, debe tenerse en cuenta el principio consignado en nuestro artículo tomado de la Novísima Recopilación: los que se obligan mancomunadamente se entiende que lo hacen cada uno por mitad, miéntras no se estipule otra cosa. Análoga disposicion contiene la ley 8.ª de Partidas respecto á los fiadores, al tratar de la obligacion mancomunada simple.

Cuando varios acreedores tienen derecho á recibir solidariamente una cosa, el deudor puede pagarla toda á cualquiera de ellos, ó al que reclamare. Este á la vez tiene tambien derecho para remitirla, dejando libre al deudor de pagarla á los demas, lo que por algunos autores no ha sido admitido, fundados en que una cosa es la ejecucion del contrato y otra la remision; y tratándose de esta clase de obligaciones, nadie puede perdonar lo que en rigor no le pertenece, perjudicando á los demas acreedores. A nosotros nos parece más aceptable la doctrina del Proyecto de Código, segun la cual puede el acreedor conceder la quita ó perdon y queda obligado, lo mismo que el que cobró del deudor, á responder á los demas acreedores de la parte que les correspondiera, dividido el crédito entre ellos.

Cuando la solidaridad existe entre los deudores, cualquiera que cumpla la obligacion, libra de ella á los demas, por cuya razon no quedan éstos libres cuando por culpa de uno, ó por haberse constituido en mora, perece la cosa, pues dejaría de ser la obligacion mancomunada desde el momento en que para unos subsistiera y se extinguiera para otros.

El co-deudor que paga el todo, puede pedir á cada uno de ellos la parte correspondiente á los mismos pagada por él.

Los daños y perjuicios sólo pueden pedirse contra los culpables y morosos, porque la falta de uno no debe ser perjudicial ni útil á los que no la cometieron; doctrina que, en union de otras muchas expuestas por los autores, son hijas, más que de las leyes, de una práctica constante.

Por último, las obligaciones que no se contrajeron *in solidum* y sí mancomunadamente, deben cumplirse á prorata de la parte que á cada uno corresponda, segun el principio marcado en la Novísima.

SECCION SEXTA

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

Artículo 1252.—Hay obligacion con cláusula penal cuando de comun acuerdo ponen los contrayentes alguna pena para que en el caso de incumplimiento de la obligacion principal, la satisfaga aquel que dejare de hacer lo prometido.

Estas penas se llaman convencionales.

ORÍGENES

Leyes 34 y 40, tít. XI, Partida 5.ª

Ley 1.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1226 Cód. Francia.—1340 Holanda.—1209 Italia.—2113 Luisiana.—1224 Bolivia.—292, tít. V, parte 1.ª, Prusia.—914 Vaud.—611 Tesino.—1212 Friburgo.—999 Neufchatel.—Leyes 71 y 137, tít. I, lib. XLV, Digesto.—Párrs. 18 y 20, tít. XX, lib. III, Instituta.

Los arts. 673 y 674 del Cód. Portugal admi-

ten tambien las obligaciones con cláusula penal.

JURISPRUDENCIA

La ley 40, tít. XI, Partida 5.ª, sobre obligaciones con cláusula penal, es inaplicable al caso en que se trata de saber si se ha faltado ó no á lo estipulado en una escritura de poder (Sentencia 25 Junio 1877).

COMENTARIO

Acostumbran los contratantes á poner penas que garanticen el cumplimiento de aquello á que se obligaron, y las léyes lo han autorizado dando reglas convenientes para saber cómo y cuándo deben exigirse.

En primer lugar, dispónese en las 34 y 40 de Partidas, y en la 1.ª, tít. XI, lib 1.º del Fuero Real, que está obligado á pagar la pena el que falta al cumplimiento de la obligacion, lo cual no es más que una aplicacion del principio *pacta sunt servanda* en otra parte explicado.

No puede confundirse la cláusula penal con las obligaciones condicionales, porque en éstas se suspende su cumplimiento hasta que se verifica el hecho que constituye la condicion, y en las otorgadas con cláusula penal no hay tal suspension, sinó que, por el contrario, desde el principio quedan obligados los otorgantes á cumplir lo pactado; y si no lo hicieren cuando estipularan, deberán pagar la pena para este caso establecida.

Artículo 1253.—El que contrajo la obligacion en que se puso pena, no está obligado á cumplir una y otra, sinó solamente una, á no ser que se obligase en todo.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto al fondo con: Arts. 1228 Cód. Francia.—1342 Holanda.—1211 Italia.—2120 Luisiana.—1226 Bolivia.—916 Vaud.—1001 Neufchatel.—613 Tesino.—Leyes 28, tít. I, CXV y CXXII, tít. I, lib. XLV, Digesto.—Ley 40, tít. IV, lib. II, Cód. Romano.

COMENTARIO

Es precepto contenido en la ley 34 lo dispuesto en este artículo; fácil de explicar una vez conocida la naturaleza de la obligacion con cláusula penal, porque poniéndose la pena para el caso en que deje de cumplirse ló pactado, ó se cumple lo principal y no hay lugar á la pena, ó se paga ésta por no cumplirse el contrato principal; no pueden, por tanto, exigirse ambas sinó cuando así se haya estipulado.

Artículo 1254.—Es válida la pena aunque la obligacion no quede subsistente, á no ser que ésta sea contra la ley ó contra las buenas costumbres, ó se pusiere aquélla en promesa de casamiento.

ORÍGENES

Ley 6, tít. XI, lib. I, Fuero Real.
Leyes 38 y 39, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con los párrafos 19 y 20, tít. XX, lib. III, Instituta.

COMENTARIO

Cuando la obligacion es nula por ser contraria á las leyes y buenas costumbres, es tambien nula la cláusula penal. No puede ésta garantir obligaciones absurdas é inmorales; y si la ley 38 declara válida la pena aunque la obligacion no quede subsistente, es porque muchas veces no serían eficaces las promesas si no se les añadiera una pena que hiciera obligatorio su cumplimiento.

La ley 39 dice, respecto á la pena puesta en la promesa de casamiento, lo que hemos dicho de las que se ponen como garantía de obligaciones contrarias á las leyes: todas son nulas porque el casamiento, segun expresa esta ley, no puede hacerse por miedo á la pena, sinó con libre consentimiento de los contrayentes.

Artículo 1255.—Si la obligacion fuere afirmativa y se hubiera contraido á día cierto con señalamiento de pena, el obligado debe cumplir lo que prometió, ó pagar la pena tan luégo como llegue el día, áun cuando el acreedor no le hubiere demandado.

No habiendo señalamiento de día, estará obligado á pagar la pena el deudor desde el momento en que, siendo demandado en tiempo y lugar conveniente, no cumpliere lo prometido ó dejare pasar el tiempo en que puede hacerlo.

ORÍGENES

Leyes 15, párr. IV y XXXV, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerdan los dos primeros párrafos en cuanto al fondo con: Arts. 1230 Cód. Francia. —1344 Holanda.—1213 Italia.—2123 Luisiana. —1228 Bolivia.—918 Vaud.—1214 Friburgo. —Ley 23, tít. VII, lib. XLIV, Digesto.

Artículo 1256.—Cuando la obligacion fuère negativa sin señalamiento de día, no se podrá exigir su cumplimiento ni el pago de la pena establecida sinó desde la muerte del obligado, ó cuando exista otra imposibilidad semejante para llevar á cabo lo pactado.

ORÍGENES

Ley 15, párr. último, tít. XI, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley citada dice: «Mas si la condicion es puesta en el pleyto ante del prometimiento, diziendo assi: si vos yo non diere ó non fiziere tal cosa, prometo de vos dar ó pechar tantos marauedis. Tal condicion como esta, se entiende que se puede alongar fasta el dia de la muerte de aquel que fizo la promision ó fasta aquel tiempo que la cosa prometida non parece, por muerte ó porque es destruyda ó perdida. E de aquel dia en adelante, puede ser demandada la pena.»

Artículo 1257.—Las penas bajo las que se compromete alguno ante los Tribunales al cumplimiento de una obligacion contraída en juício, no son exigibles cuando por imposibilidad deja de cumplirse la obligacion, ó cuando ésta se cumple con autorizacion judicial dos ó más días despues del plazo para ello marcado; salvo el derecho de otro contratante á reclamar los daños por dicha próroga ocasionados.

Esta regla no tiene aplicacion en las penas llamadas convencionales, las cuales deben ser pagadas tan pronto como deje de cumplirse lo prometido, á no ser que la imposibilidad fuere proveniente de caso fortuito.

ORÍGENES

Leyes 36 y 37, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 20, tít. XIV, Partida 7.ª

COMENTARIO

Las leyes apuntadas definen la pena judicial diciendo que es la *puesta sobre promision que es fecha en juycio* (ley 36); y luégo marca los casos en que cesa la obligacion de pagarla. Tales son cuando por enfermedad, avenidas de ríos ó por otra razon no pudiere ser cumplido aquello á que uno se obligó, del mismo modo que si esto se cumpliere dos ó más dias despues, previa autorizacion del juez, en cuyo caso deja la ley en salvo el derecho de reclamar daños y perjuicios sufridos por dicha próroga al otro contratante.

Respecto á la pena convencional, dispone la ley 37 que cada una de las partes está obligada á pagarla cuando no cumplen la obligacion principal *é non se puede escusar por embargo*; y algunos comentaristas, pareciéndoles que podía haber cierta oposicion entre esta ley y la 20, tít. XIV, Partida 7.ª que declara libre de pagar la pena al que no pudo entregar la cosa por haberle sido hurtada, tratan de armonizarlas diciendo que la primera se refiere al deudor despues de constituido en mora. A nuestro entender, no hay motivo para semejante duda; porque tanto es así que la ley se refiere al deudor moroso, que despues de sujetarlo al pago de la pena por no cumplir la condicion, sin poder alegar para ello excusa alguna, añade: *fueras ende, si la pena fuere puesta sobre cosa cierta que oviesse á dar ó se perdiesse ó se muriesse sin culpa ante del dia á que la ovo á dar ó á mostrar*; cuya disposicion es ni más ni ménos que lo que declara la ley 20 respecto á la cosa hurtada, y de cuyos textos se deduce claramente que por caso fortuito nadie es responsable.

CAPÍTULO V

DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

DISPOSICION GENERAL

Artículo 1258.—Las obligaciones se extinguen por el mútuo consentimiento de las partes contratantes (*a*).

Tambien se extinguen:

Por el pago ó cumplimiento.

Por la delegacion ó subrogacion.

Por la compensacion.

Por la novacion.

Por la quita ó perdon.

Por la cesion de bienes.

Por la confusion.

Por la pérdida de la cosa debida.

Por la rescision.

Por la prescripcion.

Por cumplimiento de la condicion resolutoria puesta en ellas.

ORÍGENES

Proemio y ley 2.ª, del tít. XIV, Partida 5.ª

(*a*) Ley 2.ª, tít. X, lib. 3.º, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con el Art. 1234 Cód. Francia, comun á todos los Códigos, aunque no expresan el mútuo disenso.

En cuanto á éste, concuerda con el nuestro, párr. 4.º, tít. XXX, lib. III, Instituta, 35, 100 y 153 de *regulis juris*.

JURISPRUDENCIA

Tanto para la disolucion de un contrato como para hacer en él alguna adicion ó variacion sustancial, es necesario que concurran y presten su consentimiento todos los que celebraron el mismo (Sent. 13 Febrero 1863).

En el principio de derecho *unum quodque dissolvitur eo modo quo colligatum est*, las palabras *eo modo* se refieren á la esencia y no á la forma de las obligaciones (Sent. 12 Marzo 1861).

Las obligaciones pactadas en una escritura entre un concursado y sus acreedores acerca del modo como han de ser satisfechos éstos de sus créditos, son valederas, subsistentes y eficaces miéntras no se modifiquen ó dejen sin efecto explícitamente ó por mútuo convenio de los interesados (Sent. 25 Octubre 1862).

COMENTARIO

Despues de haber estudiado los requisitos, efectos, interpretacion y especies de las obligaciones, vamos á hacerlo de los modos de extinguirse.

Las Partidas los enumeran de un modo muy general diciendo: *De pagas son tantas maneras cuantas son natura de debdas, en que un ome se puede obligar a otro, ca segun dicen los sabios pagando ome lo que debe, es libre de la obligacion en que era por lo que debia dar o facer. E aun puede ome ser libre de ella por quitamiento o por renovar pleito otra vez o por dar mano quien cumpla el pleito o faga la paga, o por compensacion, que quier tanto decir como descontar un debdo por otro; o por muerte de la cosa, que debe ser dada: e en otras maneras muchas que se muestran por las leyes de este título.*

El Proyecto de Código empieza tambien por enumerarlos, poniendo en primer lugar el mútuo disenso, lo que no deja de tener su razon, porque nada es tan natural como que del mismo modo que se contraen los obligaciones se

disuelvan; y aunque muchos, siguiendo á Justiniano, hayan considerado este modo de extinguirse propio de los contratos consensuales, siendo necesario en todos (segun dejamos dicho) el consentimiento mútuo de los contratantes, de la misma manera pueden extinguirse todas las obligaciones; modo de extincion que hallamos comprendido en la ley 2.ª, tít. X, lib. III del Fuero Real, que al declarar firme la venta una vez que entre comprador y vendedor medie señal, dice que se pueda *desfacer por avenencia de amas las partes.*

Algun autor cuenta entre los modos de extinguirse los contratos, ademas de los enumerados, el juramento decisorio, la sentencia arbitral y la transaccion; pero en realidad, el juramento no es más que un medio de prueba, la sentencia arbitral es una declaracion sobre la existencia ó eficacia de un contrato, y la transaccion es un contrato especial, que estudiaremos en lugar oportuno.

Por último, no puede aplicarse á los contratos el principio de que *mors omnia solvit*, porque, segun dejamos explicado, el que contrae lo hace para sí y para sus herederos, y por consiguiente no se extinguen las obligaciones por la muerte de la persona que las contrajo, sinó que pasan á sus herederos; y si bien este principio tiene algunas excepciones en las obligaciones consistentes en un hecho personal del deudor, en el caso de que se excluyera terminantemente en el contrato á los herederos, en los créditos por reparacion de injurias, en las rentas vitalicias, y otros casos parecidos, no puede, por estas solas, figurar la muerte de los contratantes como un modo general de extinguirse las obligaciones.

SECCION SEGUNDA

DEL PAGO Ó CUMPLIMIENTO

§ I

De la naturaleza del pago ó cumplimiento, y del lugar en que debe ejecutarse.

Artículo 1259.—Entiéndese por pago ó cumplimiento la entrega de la cosa ó cantidad, ó la prestacion del servicio que se hubiere prometido.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 2127 y 2128 Cód. Luisiana.—Principio del tít. XXX, lib. III, Instituta.—Ley 52, tít. III, lib. XLVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Las leyes 1.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. XIV, Partida 5.ª, referentes al modo de extinguirse las deudas por la paga, no tienen aplicacion cuando no se ha verificado dicho pago por el deudor, á pesar de estarse utilizando de la cosa (Sentencia 19 Noviembre 1870).

A la Sala sentenciadora corresponde la apreciacion de las cuestiones de hecho, como es la de si uno ha hecho ó no un pago, á cuya apreciacion hay que atenerse ínterin contra ella no se alegue que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina, admitida por la jurisprudencia de los Tribunales (Sent. 13 Diciembre 1870).

Cuando no ha habido *paga ó quitamiento*, no tiene aplicacion la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 9 Marzo 1874).

Artículo 1260.—El deudor debe entregar ó hacer la misma cosa en la misma forma que prometió, y no otras diferentes, á no ser que el acreedor las acepte, ó que, por no poder aquél dar las mismas cosas ó hacerlas en la misma forma, lo haga de otras ó en otras diferentes, previa la aprobacion del juez en

ambos casos é indemnizacion de daños y perjuícios al acreedor.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la entrega de la misma cosa con los arts. 1243 Cód. Francia.—1425 Holanda.—1245 Italia.—2146 Luisiana.—1244 Bolivia.—929 Vaud.—1298 Friburgo.—624 Tesino.—1014 Neufchatel.—Ley 2.ª, tít. I, lib. XII, Digesto.—Ley 16, tít. XLIII, lib. XII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Noviembre 1868.

Siempre que conste una obligacion, debe cumplirse en los mismos términos en que fué contraido el compromiso (Sent. 16 Agosto 1848).

Cuando la obligacion fué de entregar una cantidad en metálico, solamente entregando la suma pactada y no dando una cosa por otra, es como queda cumplida la obligacion (Sentencia id., id. id.).

Para que alguno pueda ser compelido á pagar, satisfacer ó reintegrar á otro alguna cosa, es indispensable que se haga constar de una manera legal el contrato de que nazca la obligacion, ó lo que es lo mismo, la causa de deber, bien proceda ésta de parte, bien de testamento, bien de sentencia judicial, ó bien de otro cualquier título (Sent. 29 Noviembre 1866).

Cuando se pacta en la manera cómo ha de verificarse el pago del precio de unos efectos, no puede reclamarse de otra manera (Sent. 30 Junio 1868).

Cuando en un contrato se conviene que el pago de la cantidad que en el mismo se estipula puede hacerse en efectivo, ó en obligaciones de sociedades de crédito al precio de cotizacion que se señala, la sentencia que, al condenar al pago, deja á eleccion del obligado la especie en que lo ha de verificar, se ajusta á lo convenido y no infringe la ley del contrato (Sent. 25 Mayo 1869).

Si al obligado á pagar en acciones de una sociedad de crédito la cantidad que recibió prestada, se le obliga á pagarla en metálico, se infringe la ley del contrato, á que deben atenerse los contratantes (Sent. 21 Enero 1870).

Cuando se deduce de la deuda total reclamada lo que el mismo demandante confiesa haber recibido á cuenta, no se infringe la ley 2.ª, título XIV, Partida 5.ª (Sent. 14 Enero 1871).

Apareciendo pagado el acreedor de una parte de su crédito y renunciando su derecho por el resto, es evidente que se ha extinguido la obligacion (Sent. 4 Junio 1875).

COMENTARIO

Son requisitos indispensables para que el pago se considere como tal, que se haga de las mismas cosas que se prometieron y en la forma estipulada; por consiguiente, no puede dar el deudor otra cosa diferente ni hacerla en distinta forma, sinó cuando el acreedor así lo acepte.

Ahora bien; puede hallarse el deudor imposibilitado de dar ó hacer lo mismo que prometió, y la ley en este caso le faculta para entregar otras cosas y hacerlo en distinta forma con aprobacion del juez, debiendo tambien resarcir los daños y perjuícios causados por ellos al acreedor.

De todo esto se deduce que no puede obligarse á éste á recibir en parte lo que se le debe, si así no se convino en el contrato, sinó que deberá pagarse todo de una vez, á no ser que la deuda fuere en parte líquida y en parte ilíquida, pues en este caso podrá entregarse la primera ántes que la segunda, porque lo cierto no debe estar supeditado á lo incierto é ilíquido.

Artículo 1261.—El pago debe hacerse en el lugar y tiempo marcados en el contrato.

Si no se hubiere designado lugar, deberá hacerse el pago á eleccion del demandante, en el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque sea accidentalmente, puede ser emplazado.

En el caso de cumplirse el contrato en otro lugar diferente, sin conformidad del acreedor, deberá el deudor indemnizarle los daños y perjuícios.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XI, Partida 5.ª

Ley 8.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

Art. 5.º, párr. 3.º Ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1247 Cód. Francia.—1429 Holanda.—1249 Italia.—932 Vaud.—1301 Friburgo.—1018 Neufchatel.—2153 Lui-

siana.—1250 Bolivia.—Leyes 9.ª, tít. IV, libro XIII, XIX, párr. 2.°, tít. I, lib. V, 3.ª, tít. V, lib. XLII, y XXI, tít. VII, lib. XLIV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 31 Mayo 1859.

Cuando en un contrato se designan dos puntos para cumplir en uno de ellos indistintamente la obligacion, no se entiende por esto que la obligacion sea del obligado, á no ser que se determine expresamente (Sent. 29 Diciembre 1860).

Cuando no resulta que al celebrarse el contrato se hubiese designado lugar en que debía cumplirse la obligacion, y el demandado no hubiere sido emplazado en el lugar del contrato, tiene que serlo en el de su domicilio, no quedando expedita al demandante la eleccion que en otro caso le concede el párr. 3.° del art. 5.° de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 26 Mayo 1865, 22 Junio 1865, 18 Julio 1867, 2 Setiembre 1869).

El demandante puede optar por el fuero del lugar del contrato, ó por el del domicilio del demandado, pues ambos son legítimos (Sentencia 7 Diciembre 1853).

Siendo la obligacion personal y no habiéndose fijado el punto en que debiera cumplirse, el demandante no puede optar más que por el domicilio del demandado ó el lugar en que se recibió la cantidad que da motivo á la obligacion (Sent. 26 Junio 1857, 14 Octubre 1862, 10 Abril 1869).

La eleccion del fuero no está en la facultad del demandado, pues su derecho en esta parte está limitado á exigir que se le reconvenga ante juez para él competente. Por el contrario, lo está en la del actor, porque con presentar su demanda ante quien lo sea en cualquiera de los dos fueros del domicilio del demandado, ó del lugar en que deba cumplirse la obligacion, deja satisfecha la obligacion que en él supone aquel derecho del demandado, puesto que ambos jueces son para éste competentes, y donde la obligacion concluye empieza la libre facultad (Sent. 25 Setiembre 1857).

Cuando se demanda á los herederos de una persona á consecuencia de obligacion contraida por ésta y por contrato que aquéllos hubieran personalmente celebrado, el demandante puede elegir el fuero de cualquiera de los herederos, al que tienen que acudir los demás para que no se divida la continencia de la causa (Sentencia 1.° Marzo 1859).

El obligado á dar cuentas en virtud de un contrato por el que se encarga de una administracion, puede ser demandado sobre ellas ante el fuero del lugar de la misma, áun cuando se halle el reconvenido en el lugar donde se celebró el contrato (Sent. 2 Octubre 1853).

El fuero del deudor comun es el que deben seguir sus acreedores (Sent. 8 Julio 1858).

Es fuero preferente el del lugar en que segun convenio debe cumplirse su obligacion (Sentencia 29 Setiembre 1858, 11 Octubre 1856, 3 Febrero 1859).

El domicilio del deudor y la reclamacion suya al juzgado para que mantenga su jurisdiccion, dan preferencia á este juzgado sobre todos los demás que conozcan de ejecuciones contra dicho deudor (Sent. 8 Octubre 1859).

Para conocer de los pleitos en que se ejercita una accion personal, es juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligacion, y sólo á falta de éste, y á eleccion del demandante, el del domicilio del demandado, ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque fuese accidentalmente, pudiese ser emplazado (Sentencias 5 Junio y 23 Diciembre 1858, 9 Setiembre 1859, 5 Diciembre 1859, 19 Mayo 1862, 28 Diciembre 1863, 22 Marzo 1865, 22 Mayo 1865, 14 Noviembre 1865, 11 Enero 1866, 16 Enero 1866, 11 Abril 1866, 5 Marzo 1863 y 8 Enero 1863).

Cuando es una compañía la que tiene que cumplir la obligacion, si la compañía tiene domicilio fijo, el juez de éste es el competente para conocer de los pleitos á que dé lugar el cumplimiento de la obligacion (Sent. 14 Octubre 1862).

En el caso de consistir la obligacion en el pago de una cantidad, se entiende por lugar del cumplimiento de la misma aquel en que la cantidad debe ser entregada ó recibida (Sentencia 23 Julio 1860).

Cuando los créditos cuyo pago se reclama no expresan el lugar en que haya de cumplirse la obligacion, deben satisfacerse en el de la vecindad del deudor (Sent. 7 Agosto 1862).

El lugar del contrato es aquel en que las personas legítimamente autorizadas para contraer presten su consentimiento, y no en el que se ratifique por algun interesado, si tal circunstancia se hubiese exigido para su eficacia (Sentencia 10 Diciembre 1868).

En los contratos para la prestacion de un servicio en los que no se expresa el lugar de su cumplimiento, ha de entenderse aquel en

que haya de prestarse el servicio, verificándose en el mismo el pago de las obras ejecutadas, segun tiene declarado el Tribunal Supremo (Sent. id. id. id.)

Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos ó más personas que residan en pueblos diferentes y estén *obligadas mancomunada ó solidariamente*, no habiendo lugar designado para el cumplimiento de la obligacion, es juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, á eleccion del demandante (Sent. 18 Octubre 1875 y 25 Noviembre 1875).

Artículo 1262.—Nadie puede por sí mismo tomar prenda ni compeler al deudor para cobrar lo que éste deba, como no sea con la intervencion judicial y en la forma prescrita por las leyes de procedimientos, á no haberse pactado lo contrario.

El que contraviniere á lo dispuesto en este artículo, deberá restituír las cosas que que tomó, perdiendo además su accion para reclamar la deuda y sin perjuício de la responsabilidad que pueda resultar contra el mismo si el hecho estuviere comprendido en el Código penal.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 14, tít. XIV, Partida 5.ª
Leyes 1.ª y 11, tít. XXXI, lib. XI, Novísima Recopilacion.

COMENTARIO

La presente disposicion se funda en que nadie puede ejerce la justicia por sí mismo, y en caso de necesitar auxilio para cobrar lo que á uno se le debe, ha de acudirse al juez, que es el encargado de hacer cumplir á las partes lo que prometieron, cuando por sí no lo hacen.

Artículo 1263.—Una vez efectuado el pago ó prestado el servicio, queda libre el deudor, sus fiadores y sus herederos de la obligacion contraída.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Junio 1861.

Nadie puede ser compelido á pagar, satisfacer ó reintegrar á otro una cosa sin que se haga constar de una manera legal el contrato de que nazca la obligacion, ó lo que es lo mismo, la causa de deber, bien proceda éste de pacto, de testamento, de sentencia judicial ó de otro cualquier título (Sent. 29 Noviembre 1866).

COMENTARIO

En este artículo se halla comprendido el efecto del pago, que no es otro que la extincion de la obligacion, tanto de parte del deudor como de sus fiadores y herederos; lo que no debe entenderse respecto á las obligaciones nuevamente contraídas por el que hiciese el pago.

§ II

De las personas que pueden hacer pagos y recibirlos.

Artículo 1264.—Puede hacer pagos el deudor por sí mismo ú otra persona en su nombre.

Pueden hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor, ó contra la voluntad de éste.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1236 Código Francia.—1417 Holanda.—1238 Italia.—3.º, libro IV, cap. XIV, Baviera.—2130 Luisiana.—1234 Bolivia.—922 Vaud.—1293 Friburgo.—619 Tesino.—1007 Neufchatel.—Leyes 6.ª, tít. I, lib. XVII y LIII, tít. III, lib. XLVI, Digesto; 24, tít. XXIX, lib. II, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 23 Febrero 1875.

Cuando uno paga por cuenta y de órden expresa ó tácita de otro una deuda legítima de éste, el deudor queda obligado legalmente al reintegro (Sent. 16 Enero 1871).

La ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª, no tiene aplicacion al caso en que la cuestion se refiere al derecho del fiador que paga por el deudor, á cobrar de éste todo cuanto por él haya pagado, subrogándose en el lugar del acreedor, y puede ejercitar cuantas acciones éste tenía contra el deudor (Sent. 15 Abril 1878).

COMENTARIO

El pago debe hacerse por el deudor ó en nombre del deudor; por consiguiente, no se reputará válido el que haya una persona creyéndose deudora de cierta cosa, aunque otro la debiese.

Se ha discutido por los intérpretes y puesto en duda si es preciso ó no oir al acreedor respecto de la persona que lo hace el pago, ignorándolo ó contradiciéndole, puesto que en algun caso no extingue la obligacion el pago hecho por un tercero. Para nosotros esto no ofrece duda, porque la ley apuntada lo declara válido aunque el acreedor lo ignore ó lo contradiga; y ademas no puede permitir la ley, como dice Goyena, que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor; que un hijo no pueda extinguir la obligacion de su padre, ni éste la de su hijo, ó un amigo las obligaciones de su amigo, ó un hombre benéfico la de un desgraciado ó ausente.

Artículo 1265.—Para que el pago sea válido, debe hacerse á la persona á cuyo favor estuviere constituida la obligacion; y si no tuviere la libre administracion de sus bienes, debe hacerse á él ó á su representante previo mandamiento del juez, sin el cual no quedará libre el deudor de la obligacion.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, párr. 1.º, y 4.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte con: Arts. 1239 Cód. Francia.—1241 Italia.—1420 Holanda.—1295 Friburgo.—620 Tesino.—1010 Neufchatel.—2136 Luisiana.—1237 Bolivia.—Leyes 180 y 206 de *regulis juris*; 49, tít. III, lib. XLVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Son legítimos y valederos los pagos de las deudas hechos á un tutor ó curador que tiene discernido su cargo y que está autorizado para cobrar cuanto al menor le debe (Sent. 11 Diciembre 1857).

El pago de toda deuda debe hacerse á la persona que tenga el derecho de percibirla, segun las leyes 1.ª y 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª (Sentencia 1.º Febrero 1872).

COMENTARIO

Consecuencia de lo que dijimos respecto á la capacidad para contratar, es que no puedan hacerse pagos á personas que no tengan la libre administracion de sus bienes; el que no puede dar tampoco puede recibir, y esto sucede, no solamente al menor de veinticinco años, sinó tambien al loco, desmemoriado y pródigo.

Ahora bien; éstos no pueden quedarse sin lo que se les deba, y para que á la vez extinga el deudor su deuda por medio del pago, exige la ley que lo haga al tutor ó curador de aquéllos, previo mandamiento del juez; pues si de otro modo lo hiciese, léjos de quedar libre de la obligacion el deudor, tendria que pagar segunda vez lo que entregó, si el que lo recibió lo hubiere perdido ó distraido por ser incapacitado, y mediante el beneficio de restitucion.

Fuera del caso de incapacidad, el pago debe hacerse segun la ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª, á la persona á cuyo favor estuviera constituida la obligacion; ésta es la regla general, en la cual se hallan tambien incluidos los herederos y sucesores del acreedor en su caso.

Artículo 1266.—Para que el pago hecho á una mujer casada extinga la obligacion del deudor, debe hacerse al marido, ó con licencia de éste.

ORÍGENES

Ley 11, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Esta disposicion ya quedó comprendida entre las incapacidades marcadas por la ley para contratar; pero como la Novísima hace mencion especial de la que se refiere á la mujer casada

para hacer pago, en cuanto dice que no puede *dar por quito á nadie de él* sin licencia de su marido, consignamos aquí tambien esta razon.

Artículo 1267.—Es válido el pago hecho á un tercero por mandato del acreedor, ó sin él si despues éste lo tiene por firme, así como el que se hace al mayordomo ó procurador encargado de recibirlo y de administrar los bienes del acreedor.

Del mismo modo es válido el que se hace á persona designada en el contrato para que ella ó el acreedor puedan recibir el pago, á no ser que ántes de hacerse éste, lo reclamase judicialmente el acreedor, prohibiendo que se haga pago á aquella persona.

Si á pesar de la reclamacion judicial y prohibicion del acreedor pagase el deudor á aquella persona, no se extingue su obligacion; pero puede repetir por la cantidad pagada contra el primero á quien se la entregó.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 12, 38 y 49, tít. III, lib. XLVI, Digesto.

Veánse las del artículo anteanterior.

JURISPRUDENCIA

Sent. 29 Setiembre 1865.

COMENTARIO

Si analizamos todos los párrafos de la ley que sirve de orígen á este artículo, veremos que en todos ellos exige mandato especial del acreedor á favor de la persona que en su nombre recibe el pago; bien sea ésta un tercero á quien encargue el cobrarlo, ó que ratifique despues lo que éste sin su mandato hubiere cobrado; bien sea su mayordomo *que fuese puesto señaladamente del señor del debdo para recebirlo é para recabdar é procurar todos sus bienes*; bien sea cualquier otra persona que para tal objeto se hubiere designado en el contrato.

En este último caso, «si los marauedis paga al otro a quien señaló quel pagasse, tambien es quito del debdo, como si los pagasse a el mismo. Magüer despues que la promision ouiesse assi rescibida defendiesse que gelos non pagasse. E este defendimiento, dezimos, que se debe entender en esta guisa: si fuesse fecha ante que lo ouiesse, este que presto los marauedis, comen-çado a demandar el debdo por juycio. Mas si lo defendiesse despues que el ouiesse fecho lo demanda dellos, e si contra tal defendimiento los pagasse non seria quito del debdo. Ante dezimos que lo auria pagar otra vez a aquel que rescibio la promision. Pero en saluo finca su derecho al que lo pagasse assi dos vezes de demandar el debdo a aquel a quien lo pagó primeramente, como a ome que non ha ningun derecho en el para retenerlo.»

Tal es la doctrina de la ley de Partidas: segun las facultades otorgadas en el poder para cobrar, así quedará ó no libre el deudor de la obligacion mediante el pago hecho al apoderado.

Artículo 1268.—El deudor no se libra de la obligacion contraída por el pago hecho al procurador ó encargado, cuando lo hace despues de haber sido revocado el poder para cobrar otorgado en favor del último. Será, sin embargo, válido el pago si fuere hecho ignorando tal revocacion.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo dispuesto en este artículo viene á ser una ampliacion de lo prescrito al final del anterior, y su contenido es tan claro y terminante, que no necesita explicacion.

Artículo 1269.—El procurador para pleitos puede demandar una deuda; mas no recibir su pago áun cuando venza al deudor en juício, si no se le confiere expresamente esta facultad.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La extralimitacion de facultades de las personas á que se refieren las leyes 19, tít. V, Partida 3.ª, y 7.ª, tít. XIV, Partida 5.ª, no existe cuando los mandatarios desempeñan las que les han sido otorgadas por sus mandantes á su presencia y con su aprobacion, ratificando éstos ademas de palabra en el acto haberles autori-

zado al efecto amplia é incondicionalmente (Sent. 14 Junio 1867).

COMENTARIO

La explicacion de este artículo la hemos hecho en comentarios anteriores, al decir que para cobrar las deudas por medio de procurador es menester poder especial; y segun las facultades en él concedidas, así podrá obrar el que lo tenga; de suerte que si sólo se le dió para demandar en juício una deuda, no se entiende facultado para cobrarla despues de concluido el litigio.

§ III

De la imputacion del pago.

Artículo 1270.—El que tuviere varias deudas en favor de un solo acreedor, goza de la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas quiere que se entienda hecho.

Cuando el deudor no haga esta designacion, se estará á la hecha en la carta de pago por el acreedor, si expresa ó tácitamente se hubiere conformado con ella el deudor. Si éste no se conformara, deberá contarse como pagada la deuda que él indique.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. XX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Arts. 1253 Cód. Francia.—1255 Italia.—1432 Holanda.—938 Vaud. — 1024 Neufchâtel. — 633 Tesino. —1303 Friburgo.—1256 Bolivia.—2159 Luisiana.—Concuerda en todo con las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. III, lib. XLVI, Digesto; 1.ª, tít. XLIII, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 26 Abril 1870.

La ley 10, tít. XIV, Partida 3.ª, sólo se refiere á la manera en que ha de aplicarse una cantidad entregada por el deudor á su acreedor por varias deudas para la extincion de alguna de ellas (Sent. 9 Diciembre 1864).

COMENTARIO

No ofrece ninguna duda la doctrina de este artículo. Se trata de saber qué deuda se entiende pagada cuando sean varias las contraídas por una persona, y la ley en primer término concede al deudor la facultad de designar por cuál de ellas debe entenderse hecho el pago que lleva á cabo. Si ésta nada hubiere dicho, compete al acreedor el hacer tal designacion, á la cual deberá estarse miéntras el deudor no se oponga, pues si se opusiere, se entenderá pagada la que entónces indique.

Toda imputacion, ademas de inmediata, ha de ser definitiva, de manera que una vez hecha y aprobada por la otra parte, no puede reclamarse contra ella.

Artículo 1271.—Cuando no pueda imputarse el pago conforme á las reglas del artículo anterior, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estuvieren vencidas.

Si las deudas fueren de igual naturaleza y gravámen, el pago se imputará á prorata á todas aquellas sobre las cuales no haya litigio.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Art. 1256, Cód. Francia.—1435 Holanda.—1258 Italia. —941 Vaud.—1306 Friburgo.—636 Tesino.—1027 Neufchatel.—2162 Luisiana.—1259 Bolivia.—Leyes romanas citadas en el anterior, y 8.ª y 103, tít. III, lib. XLVI, Digesto.

COMENTARIO

Puede ocurrir que al hacer el pago no designe el deudor á qué deuda es imputable, y que el acreedor tampoco lo haga, conforme á la facultad que hemos visto le concede la ley; y en

este caso deben distinguirse las deudas que son iguales en cuanto á su naturaleza y gravámenes de las que sean desiguales por tener unas más cargas que otras: en éstas será imputable el pago á la más onerosa por el deudor, porque produzca intereses, tenga impuesta alguna pena, lleve alguna fianza, etc., y en las iguales se imputará á prorata á todas las de las deudas sobre las cuales no haya contienda. Es, á juicio de muchos autores y á nuestro modo de ver, la manera más justa y equitativa de resolver la cuestion.

§ IV

Del ofrecimiento del pago y de la consignacion.

Artículo 1272.—Si el acreedor rehusase admitir la cosa ó cantidad debida, puede el deudor extinguir su obligacion por medio del ofrecimiento y consignacion de toda la deuda que deberá hacerse en depósito legal y deconocida garantía.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 38, tít. XIII, Partida 5.ª
Sent. del T. S. de 22 Junio 1861.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1257 Código Francia.—759 Portugal.—142 Austria.—213, tít. XVI, parte 1.ª, Prusia.—1259 Italia.—1440 Holanda.—943 Vaud.—1028 Neufchatel.—1309 Friburgo.—2163 Luisiana.—1261 Bolivia.—Ley 72, tít. III, lib. XLVI, Digesto; 19, titulo XXXII, lib. IV, y IX, tít. XLIII, lib. VIII, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

No puede considerarse como pago de deuda la consignacion hecha en tercera persona no autorizada para recibirla y resistirla por el acreedor, sinó que es necesario que se haya constituido en depósito legal y de reconocida garantía, y que el acreedor se haya negado á recibir el crédito (Sent. 22 Junio 1861).

La consignacion voluntaria de cualquiera cantidad hecha por el deudor, sin que el acreedor se haya negado á recibirla, no puede perjudicar á éste, conforme lo dispone la ley 8.ª del tít. XIV, Part. 5.ª (Sent. 1.° Febrero 1872).

Las leyes 9.ª, tít. XX, lib. III, Fuero Real y 8.ª, tít. XIV, Part. 5.ª, tratan del pago de una deuda al acreedor por el deudor, suponiéndola de cantidad líquida, y prescribiendo que no pueda obligarse al primero á recibirla en partes, y que cuando no la quisiere recibir íntegra pueda el deudor poner los maravedís señalados de su deuda en fieldad ó depósito para quedar quito; lo cual no tiene identidad ni analogía con el cumplimiento de un pacto bilateral, por el que los contratantes tienen á la vez derechos y deberes correlativos (Sent. 3 Febrero 1873).

COMENTARIO

Uno de los modos de hacer el pago es la oferta y consignacion del mismo, que tiene lugar cuando el acreedor rehusa recibir la cantidad que se le debe. En este caso lo primero que debe hacer el deudor es ofrecerle la cantidad objeto de la deuda, para lo cual es necesario que las personas tengan capacidad, que se ofrezca toda la deuda, que haya vencido el plazo para pagarla, y que se haga en el lugar designado por el contraste ó por las leyes. La ley de Partida dice, en cuanto al ofrecimiento, que el deudor *debe facer afrenta ante omes buenos, en logar, en tiempo guisado mostrando los maravedís de como quiere facer la paga.*

Despues de esto viene la consignacion, ó sea el depósito hecho por el deudor de la cantidad debida, que no quiere recibir el acreedor; y en este punto, aunque las Partidas dicen que se consigne el pago en *fieldad de algun ome bueno ó en la sacristania de alguna iglesia*, la práctica es hacerlo en el lugar que designe el juez; razon por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, decimos en el artículo que se haga en depósito legal y de conocida garantía.

Artículo 1273.—Una vez hecha la consignacion, se extingue la obligacion y corre á

cargo del acreedor el daño ó deterioro que sufra la cosa designada.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: leyes 9.ª, tít. XLIII, lib. VIII, Código Romano, y 72, tít. III, lib. XLVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La consignacion voluntaria de una cantidad hecha por el deudor en persona no autorizada para recibirla, si se perdiere no puede perjudicar al acreedor sin contravenir á la ley 8.ª, título XIV, Partida 5.ª, segun la cual, para que proceda aquel perjuicio, es preciso que se haya constituido en depósito legal, y por negarse el acreedor á recibirla (Sent. 25 Octubre 1862).

COMENTARIO

De los dos efectos que produce la consignacion, uno ya lo dejamos enunciado en el artículo anterior, que es el relativo á la extincion de la deuda, y el otro es el que contiene este artículo á saber: que el peligro ó riesgo de la cosa durante el tiempo que esté consignada, corre á cargo del acreedor: disposicion muy justa, porque ya que no quiso recibir lo que de derecho le correspondía, nadie más que él debe sufrir las consecuencias, mucho más habiendo quedado libre el deudor de la obligacion, una vez consignado el pago á que por la misma estaba sujeto.

SECCION TERCERA

DE LA SUBROGACION

Artículo 1274.—Queda libre el deudor de la obligacion cuando por subrogacion paga un tercero, aunque sea sin mandato suyo, la deuda por el mismo contraída. Queda, sin embargo, obligado á reintegrar al que por él pagó la cantidad pagada, como si hubiera mediado mandato.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Admiten el mismo principio respecto á la subrogacion convencional, dictando á la vez reglas para su ejecucion, los arts. 1250 Cód. Francia.—1347 Holanda.—778 Portugal.—1252 Italia.—935 Vaud.—630 Tesino.—1021 Neufchatel.—1252 Bolivia.—2156 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

No puede considerarse infringida la ley 32, tít. XII, Partida 5.ª, cuando en la sentencia no se desconoce el principio de que «cuando alguno paga por otro, aunque sea sin órden mejor, debe ser reembolsado por el verdadero deudor,» sinó que únicamente no se estima bastante probado el hecho de la paga (Sent. 30 Mayo 1862).

El deudor no puede subrogarse válidamente en lugar de los acreedores sin la voluntad de éstos (Sent. 2 Octubre 1868).

Desde el momento que un acreedor otorga la cesion y traspaso de su crédito en favor de otro, queda éste subrogado en todos los derechos y acciones de aquél, subsistiendo las hipotecas constituídas en garantía del crédito cedido, y conservando respecto á ellas la misma preferencia que tenía el cedente respecto á cualquier otro del deudor (Sent. 10 Mayo 1867).

Subrogada una persona en un contrato celebrado con otra, debe cumplir todas las obligaciones que procedan del mismo, en la forma y lugar que se hayan contraido, sin influencia de las diferentes cualidades y vecindad que puedan tener (Sent. 8 Julio 1878).

COMENTARIO

Entiéndese por subrogacion el pago hecho por un tercero en nombre del deudor; es en rigor la trasmision á otro de los derechos y acciones que el trasmisor tiene contra determinada persona, por cuyo medio, si bien se extin-

gue la obligacion respecto al acreedor en cuanto recibe su crédito, empieza una nueva para el deudor, porque, en vez de serlo respecto de aquél á quien otro pagó por él, queda obligado á pagar á éste la cantidad objeto de la deuda.

Como hemos dicho que el pago puede hacerse por un tercero, ó con ciencia, ó con ignorancia y áun contra la voluntad del deudor, segun los casos, así serán las obligaciones subrogadas á la primitiva y las acciones á ellas inherentes.

Artículo 1275.—Hay tambien subrogacion cuando alguno paga por tener interes en el cumplimiento de la obligacion, subrogándose en los derechos del acreedor.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Subrogado el cesionario en el lugar del cedente por la cesion, se le trasmiten todos los derechos y acciones que á dicho cedente competian, ya para reclamar el crédito, y ya para perseguir las fianzas ó hipotecas que hubiera constituidas (Sent. 23 Setiembre 1868).

COMENTARIO

Este es un caso de subrogacion que se halla confirmado en la ley 34, tít. XIII, Partida 5.ª, y no ofrece ninguna dificultad: el que por hallarse interesado en el cumplimiento de la obligacion paga al acreedor lo que otro le debe, se coloca en lugar de aquél para reclamar contra éste el pago de la cantidad por él entregada.

SECCION CUARTA

DE LA COMPENSACION

Artículo 1276.—Se extinguen las obligaciones por compensacion cuando dos personas que reunen la cualidad de acreedores y deudores recíprocamente, descuentan una deuda por otra.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 1289, Cód. Francia.—1285 Italia; 1.º, lib. IV, cap. XV, Baviera.—300, seccion 6.ª, Prusia.—1461 Holanda.—961 Vaud.—1239 Neufchatel.—653 Tesino. —2203 Luisiana.—1297 Bolivia.—Leyes 1.ª, título II, lib. XVI; 4.ª, tit. IV, lib. XX, Digesto.

Admiten el mismo principio, aunque con algunas variaciones, los arts. 765, Cód. Portugal. —1327 Friburgo.—1438 y 1439 Austria.

JURISPRUDENCIA

La compensacion hecha con aplicacion á determinados contratos no puede luégo aplicarse á otra (Sent. 23 Noviembre 1859).

La solicitud de compensacion es extemporánea al tiempo de expresar agravios (Sent. 17 Marzo 1860).

En el caso de pedir el demandado la compensacion de varias cantidades, si la sentencia sólo estima alguna de ellas, y no comprende las restantes en virtud de la apreciacion de las pruebas, no pueden considerarse infringidas las leyes que tratan de la compensacion (Sent. 28 Octubre 1860).

Cuando no hay términos hábiles para que tenga lugar la compensacion, no puede decirse que ésta se haya verificado (Sent. 7 Enero 1875).

Cuando se alegan las excepciones de prescripcion y compensacion por la parte demandada, únicamente como fundamento de la peticion de absolucion de la demanda, pero sin pedir sobre ellas declaraciones especiales y expresas, no pueden hacerse tales declaraciones en la parte dispositiva de la sentencia (Sentencia idem id. id.).

Si se ha probado en documento público el pago por compensacion de una cantidad, y esta compensacion fué propuesta como excepcion contestando á la reconvencion del demandado, al no estimar esta excepcion la Sala sentenciadora infringe las leyes 2.ª del Digesto y 4.ª del Cod. Justiniano, tít. *De compensationibus* (Sentencia 17 Marzo 1876).

COMENTARIO

Un medio muy natural de extinguirse las

obligaciones, y hasta necesario, segun se expresa Goyena, dada la naturaleza de las cosas, es la compensacion; porque si dos personas se deben mutuamente mil reales, por ejemplo, con descontárselos cada uno tiene pagada la deuda, sin necesidad de que el uno entregue al otro los mil reales y que éste vuelva á hacer lo mismo á aquél.

Artículo 1277.—Procede la compensacion en las deudas ciertas de dinero y de cosas fungibles hasta la cantidad que un deudor deba al otro, y en las cosas indeterminadas de un mismo género. No tendrá lugar entre las cosas específicas determinadas, con las fungibles indeterminadas.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1291, primera parte, Cód. Francia.—765, núm. 3, Portugal.—1438 Austria.—313 seccion 6.ª, Prusia.—En principio, art. 1.º, lib. IV, cap. V, Baviera.—1463 Holanda.—654 Tesino.—En principio 1328 Friburgo.—2205 Luisiana.—1299 Bolivia.—Leyes 4.ª y 8.ª, tít. XXXI, lib. IV, Código Romano, 7 *De compensatione*, 10, 11 y 12, tít. II, lib. XVI, y XIII, tít. I, lib. XX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Abril 1876.

No puede verificarse la compensacion cuando no existe un crédito bastante con que poder extinguir la obligacion que se quiere compensar (Sent. 15 Enero 1867).

COMENTARIO

«Descontarse pueden, en manera de compensacion, todas las debdas que son de cosas que se pueden contar ó pesar ó medir fasta en aquella cuantía que el no debdor deuiere al otro. Otrosi dezimos, que si dos omes deuiessen uno a otro cosas que no fuessen ciertas nin señaladas, assi como un caballo o otra cosa qualquier semejante, que non fuesse señalada por ome o por señales ciertas: que estonce bien puede descontar el vno por el otro. Mas si la vna debda fuesse sobre cosa señalada, assi como si el vno ouiesse a dar al otro vn siervo o vna viña o huerta o otra cosa cierta; e el otro deuiesse a él otra cosa que non fuesse cierta por nome señalado assi como alguna cuantia de trigo o otra cosa que se pueda contar o pesar o medir, estonce non pueden los debdores fazer entre si por premia desquitamiento de vna cosa por otra destas debdas tales.»

Si la compensacion ha de tener lugar, no puede ser en otras cosas que en las que por su naturaleza y cantidad sean iguales, pues de otro modo no hay posibilidad para llevarla á cabo.

En este supuesto es procedente la compensacion entre deudas de dinero y de cosas fungibles, porque pueden fácilmente descontarse por los que las deben mutuamente; pero no pueden hacerlo más que hasta la cantidad que un deudor deba al otro, pues no sería justo compensar una deuda de mil con otra de cuatro mil.

Son tambien compensables las deudas de cosas indeterminadas de un mismo género, como sucede con la que consiste en entregar un caballo, que es el ejemplo de la ley; pues no siendo cosa determinada individualmente, puede, sin embargo, compensarse porque se supone que esto se hace en cuanto á su valor.

No sucede lo mismo cuando las cosas son unas específicas y determinadas y otras fungibles é indeterminadas: la deuda de una cantidad de trigo no puede compensarse con la de una tierra ó casa; falta la igualdad, y por consiguiente no puede tener lugar la compensacion.

Esta, por otra parte, no exige que la causa de la obligacion sea semejante, ni que el pago deba hacerse siempre en el mismo pueblo; pues con tal que se abonen las partes la diferencia de precio que existe entre las localidades, la compensacion puede hacerse.

Artículo 1278.—Para que puedan compensarse las deudas han de ser ciertas y líquidas.

ORÍGENES

Ley 20 y 21, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto al primer requisito con los Códigos apuntados en el artículo anterior.

JURISPRUDENCIA

Sent. 1.º Julio 1875.
Sent. 15 Marzo 1870.
Sent. 17 Diciembre 1864.
Sent. 18 Junio 1869.
Sent. 17 Marzo 1873.
La ley 21, tít. XIV, Partida 5.ª, que hace

compensables las deudas líquidas, no puede ser infringida cuando los créditos con que debiera verificarse la compensacion no se han declarado de abono, por más que se hayan apreciado y tasado á instancia de quien lo reclamaba (Sent. 14 Mayo 1867).

Las leyes 2.ª, 20 y 21, tít. XIV, Partida 5.ª, que tratan de la paga por medio de la compensacion, requieren que los créditos compensables sean líquidos y exigibles desde luégo; y áun cuando la ley de 28 de Enero de 1856, en su art. 23, reconozca á los tenedores de billetes el carácter de acreedores en concepto de depósito voluntario, la cuantía de su crédito, léjos de ser líquida y exigible desde luégo, depende del resultado de la liquidacion (Sent. 25 Abril 1876).

Si en una demanda reclamando el pago de una cantidad, el demandado no empleó en su defensa en el período oportuno la excepcion de compensacion á que se refiere la ley 21, título XIV, Partida 5.ª, aunque solicitó alternativamente que, ó se reservase para un nuevo juicio la liquidacion de cuentas con la demandante, ó que se mandase que en la ejecucion de la sentencia se le abonara cierta cantidad con otras partidas de que tambien hizo relacion, la Sala sentenciadora debe limitarse á resolver la accion y las excepciones que habian sido debatidas en el pleito, y haciéndolo, no infringe la citada ley de Partida (Sent. 10 Marzo 1877).

COMENTARIO

La ley, y de acuerdo con ella la jurisprudencia, exigen, para que la compensacion sea posible, que sean las deudas ciertas y líquidas, porque no es posible ó á lo ménos fácil compensar lo que no se sabe si se debe, ó se ignora su cuantía.

Por la misma imposibilidad no son compensables las cosas fungibles con aquéllas que no lo son, segun ya hemos dicho.

Tampoco cabe la compensacion cuando una deuda es pura y la otra condicional, sobre todo cuando en esta última aún no se ha resuelto la condicion.

En opinion de los tratadistas de derecho, tampoco la compensacion es factible cuando se trata de alimentos, pues el que deba darlos no puede negar, á pretexto de compensacion, á lo ménos los alimentos corrientes. No puede afirmarse lo mismo de los atrasados que dejaron de percibirse.

La ley de Partida exigía que la deuda que hubiera de compensarse fuere justificable en el término de diez días. Esta disposicion, que es puramente adjetiva ó reglamentaria, la entendemos supeditada á las reglas establecidas por la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 1279.—Son compensables, en caso de existir sociedad ó de poseer bienes en comun:

Primero. Los daños causados por un socio mediante culpa, negligencia ó engaño, con los causados del mismo modo por otro; ya en toda su cuantía, siendo iguales, ya hasta la suma concurrente en otro caso.

Segundo. El daño causado por culpa de un socio á la compañía, con el beneficio que el mismo la haya hecho, ó con la parte de ganancias que le correspondiera en lo que otro hubiera tomado para sí.

No hay compensacion entre los daños ocasionados por dos socios por culpa de uno y dolo de otro, sinó cuando el daño es en cosas diversas; pues si fuere en la misma, el causante del dolo debe indemnizar el daño.

ORÍGENES

Leyes 22 y 23, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo dispuesto en estas leyes es una aplicacion del principio de que las deudas han de ser recíprocas, y para el estudio de aquéllas debe tenerse en cuenta que no se compensan, en el caso de existir sociedad, más deudas y créditos que los pertenecientes á la misma como entidad moral, y no con los que son peculiares de los socios.

La doctrina del artículo es clara, mucho más despues de lo que llevamos dicho sobre compensacion, y no necesitamos detenernos en explicarla.

La doctrina de la ley 22 parece que está en oposicion con la 13, tít. X, Partida 5.ª, que prohibe la compensacion de los daños causados por un socio con las ganancias que el mismo haya producido á la compañía, *fueras ende si alguno o algunos de los otros oviesen fecho otro atal engaño, ca estonce decimos, que se debe compartir entre aquellos que ficieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte á los otros.* Pero Gregorio Lopez, conciliando ambas

leyes, dice que la 13 se refiere á daños provenientes de dolo y la 22 á los causados por culpa ó negligencia.

Artículo 1280.—El fiador puede utilizar la compensacion de lo que el acreedor le debe á él mismo ó al deudor principal. Lo mismo puede hacer el procurador de este último ó del fiador, siempre que preste caucion de que sus principales la aprobaron.

El procurador no podrá, sin embargo, compensar lo que deba al demandado con el crédito del poderdante, sin beneplácito suyo.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Lo establecido respecto al fiador se halla comprendido en la primera parte del art. 1294 Cód. Francia.

Concuerda con las leyes 4.ª y 5.ª, tít. I, libro XVI, Digesto.

COMENTARIO

Es muy justo que el fiador, ya que sale responsable de la obligacion contraída por el deudor, tenga tambien los medios concedidos á éste para librarse de aquélla, por cuya razon la ley le faculta para utilizar tambien la compensacion.

El mismo derecho tiene el procurador del deudor principal y del fiador, siempre que preste caucion de que éstos lo darán por hecho.

Ahora bien; cuando el procurador deba cierta cantidad á una persona á quien demanda en juicio por deudas en nombre de otro, no puede valerse del crédito de éste para descontar su propia deuda al demandado sin el consentimiento del acreedor ó poderdante, porque en este caso no existe la circunstancia de ser á la vez acreedor y deudor necesario para la compensacion.

Artículo 1281.—Si habiendo sido alguno emplazado, y no pudiendo comparecer se presentara por él su hijo, puede éste oponer la compensacion de igual cantidad que el demandante debía á su padre, la cual será admitida por el juez si el hijo diere fiador de que su padre lo aprobará.

La misma regla se observará cuando á nombre del deudor se presentare algun pariente ó extraño.

ORÍGENES

Ley 25, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 9.ª, tít. I, lib. XVI, Digesto.

COMENTARIO

El requisito de la simultaneidad en una misma persona del doble carácter de acreedor y deudor, necesario para la compensacion, es el que debe tenerse siempre presente en esta materia; y si bien no parece existir en el caso de este artículo por oponer la compensacion el hijo siendo el deudor el padre, la ley lo da por supuesto desde el momento que aquél dé fiador de que su padre lo aprobará.

Dicha regla sirve á la vez para resolver una porcion de casos que pueden presentarse en la práctica, pues con arreglo á ella no podrá oponer la compensacion el deudor principal de lo que el acreedor deba al fiador; ni á un tutor á quien debe, de la deuda del pupilo; ni el deudor solidario de lo que el acreedor deba á su codeudor; pero tanto en este caso como en el del fiador solidario, si uno de los co-deudores ó co-fiadores demandado por el acreedor, le hubiere opuesto la compensacion de lo que debe á él mismo y venciere en juicio, pueden los demas aprovecharse de la sentencia, porque en este caso se considera como extincion de la deuda más que como compensacion.

Por último, el heredero puede compensar las deudas del difunto con las contraídas á favor de éste por un tercero, y las de éste respecto al heredero, con las que á él le debía el difunto, porque es su sucesor en todos sus derechos y obligaciones.

Artículo 1282.—Contra la demanda para la restitucion de la cosa en los casos de despojo, depósito ó comodato, no puede oponerse la compensacion.

Tampoco procede cuando alguno es condenado á pagar á otro cierta cantidad por razon de fuerza ó agravio, ni cuando se trata de crédito á favor de la Hacienda, del Es-

tado ó del Municipio, en los casos que determinen los reglamentos.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 10, tít. III, Partida 5.ª
Ley 9.ª, tít. II, Partida 5.ª
Ley 26 y 27, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda la primera parte con: Art. 1293, núms. 1.º y 2.º, Cód. Francia.—767, núms. 2.º y 4.º, Portugal. Igualmente con los dos números que al mismo asunto se refieren los artículos 1289 Cód. Italia.—1440 Austria.—366 Prusia.—1465 Holanda.—962 Vaud.—1330 Friburgo.—656 Tesino.—1057 Neufchatel.—2207 Luisiana.—1303 Bolivia.—Ley 14, tít. XXXI, y 4.ª, tít. XXIII, lib. IV, Código Romano.

En cuanto á las deudas pertenecientes al Estado, niegan la compensacion tambien el artículo 767 núm. 5.º Cód. Portugal y la ley 3.ª, *De compensatione*, Código Romano.

COMENTARIO

Las leyes que sirven de orígenes á este artículo tratan de los casos en que cesa la compensacion, y son en este punto terminantes. La razon de sus disposiciones se comprende á primera vista, porque si en el caso de depósito no puede éste retenerse para cobrar el depositario lo que le deba el que lo constituyó por el principio de derecho *spoliatus ante omnia restituendus*, en el caso de mediar fuerza ó agravio, no puede compensarse la cantidad por ello impuesta, porque la moralidad y hasta el buen órden así lo exigen.

En cuanto al comodato y al depósito, en los respectivos títulos de este libro completaremos la doctrina consignada en las leyes vigentes.

Por último, la ley 26 declara improcedente la compensacion en cuatro casos, todos los cuales pueden reducirse á uno, que es aquel en que el acreedor es el Tesoro público.

SECCION QUINTA

DE LA NOVACION

Artículo 1283.—Se extingue la obligacion por novacion de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó persona distinta en lugar de la que ántes era deudor, ó haciendo cualquier otra alteracion sustancial que demuestre claramente la intencion de novar.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª

Ley 16, tít. XX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1271 Cód. Francia.—802 Portugal.—1267 Italia.—Lib. IV, cap. 15, Baviera.—1376 y 1377 Austria.—454 en cuanto al primer modo de ser la novacion, Prusia.—951 Vaud.—642 Tesino.—1037 Neufchatel.—2185 Luisiana.—1279 Bolivia.—1449 Holanda.—Ley 1.ª, tít. II, lib. XLVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Enero 1863.
Sent. 23 Octubre 1865.

Un contrato verbal posterior puede anular ó modificar otro anterior escriturado (Sentencia 12 Marzo 1861).

No puede verificarse en un contrato novacion alguna respecto á las obligaciones y derechos de un tercero que no interviene en su celebracion (Sent. 28 Junio 1860).

No se infringe la ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª, cuando se limitan los efectos de la novacion de un contrato á los términos precisos y concretos en que esta novacion consiste (Sent. 28 Diciembre 1864).

No es novacion de un contrato la enmienda ténue que en el mismo se haga. (Sent. 20

Diciembre 1865 (Sent. 20 Noviembre 1878).

Cuando la modificacion introducida en el contrato se califica de novacion, segun la ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª, no siendo ésta la razon legal del fallo, no se infringe al dictarlo el precepto que la determina (Sent. 5 Marzo 1866).

Si bien la novacion es un medio de modificar y de extinguir las obligaciones, no hay tal novacion ni nace el contrato *doy para que hagas*, cuando el comprador de una finca, autorizado por el vendedor, busca quien le sustituya en la compra; pues semejante autorizacion y los actos que la subsiguiesen no convierten la venta en dicho contrato (Sent. 22 Diciembre 1866).

A la Sala sentenciadora corresponde determinar, apreciando las pruebras presentadas, si hubo ó no novacion en un contrato á cuya apreciacion hay que atenerse, si contra ella no se alega que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 23 Noviembre 1867, 30 Abril 1870).

Cuando no existe novacion de contrato, es inaplicable la doctrina de que la novacion aceptada por los interesados modifica lo anteriormente convenido, y no tienen aplicacion las leyes que tratan de este modo de extinguirse las obligaciones (Sent. 16 Enero 1869, 15 Marzo 1870).

No se puede calificar de novacion de contrato una escritura que queda sin valor ni efecto en el mismo dia de su otorgamiento, por voluntad del mismo otorgante, ni tampoco un documento privado en que el fiador, reconociéndose obligado mancomunadamente con el deudor, ofrece pagar bajo ciertas condiciones que no acepta el acreedor (Sent. 30 Setiembre 1870).

No habiendo novacion del contrato, son inaplicables las leyes 2.ª y 15, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 9 Marzo 1874 y 11 Octubre 1875).

Las leyes romanas referentes á la novacion del contrato no son aplicables cuando ninguna innovacion se ha introducido en el que es objeto del pleito (Sent. 8 Abril 1875).

No hay novacion cuando no se contrae una obligacion especial y nueva, distinta de la contraida con anterioridad (Sent. 3 Diciembre 1875).

No habiéndose tratado en los fundamentos de la sentencia, ni discutido las partes cuestion alguna de novacion, es improcedente citar como infringidas las leyes 15 y 16, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 9 Marzo 1876).

Si la obligacion atribuida al demandante por el demandado de pagar cierto crédito de otra persona, es incompatible con la que aquél contrajo al comprometerse en una escritura posterior á dicho contrato, juntamente con los demás acreedores, á cobrar su crédito, sueldo á libra, de la masa de los bienes hereditarios cedidos por los hijos del deudor, al no reconocer la Sala la novacion y condenar al demandado al pago del crédito, infringe la ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 20 Octubre 1877).

Si los derechos de un acreedor no han sido en manera alguna alterados ni enervados por la escritura otorgada entre dos sociedades cediéndose ciertos créditos, á cuyo contrato no es posible atribuir, con arreglo á las leyes 11, tít. XVIII, Partida 3.ª, y 15, tít. XIV, Partida 5.ª, el carácter jurídico de *novacion* respecto del que daba orígen á dichos derechos, por consistir en una mera cesion del crédito de una á otra, subrogándose la cesionaria en el lugar de la cedente, sin concurrencia ni intervencion del deudor, que no eran necesarias para realizar dicha cesion, y sin que por ella se cambiase la naturaleza de la primitiva obligacion, ni la persona del deudor, ni mucho ménos la eficacia y efectos jurídicos, con arreglo á la legislacion entónces vigente de la hipoteca constituida en garantía de aquella obligacion, al estimar que no existe dicha *novacion*, no se infringen las expresadas leyes (Sent. 26 Mayo 1877).

Cuando un pacto es modificado por otro posterior, cesa la accion que pudiera utilizarse por consecuencia del que ántes existía (Sent. 11 Mayo 1859 y otras).

COMENTARIO

La novacion, ó sea la sustitucion de una deuda ó de la persona del deudor ó persona obligada, *desata la obligacion principal de la debda, bien assi como la paga*; de manera que áun cuando queda subsistente una obligacion, extingue la que primeramente se contrajo.

Puede tener lugar en cuanto á las obligaciones y en cuanto á las personas que las contrajeron, ya haciendo, por ejemplo, que la cantidad debida por razon de venta se pague como mutuo, ya cambiando la persona del deudor por otra que se obligue del mismo modo á responder de la deuda, á cuyo cambio se llama expromision y al nuevo deudor expromisor. Segun el proyecto de Código hay en este caso delegacion.

Para que tenga lugar la novacion deben ser válidas las obligaciones, y es necesario que

existan dos de ellas, la que sustituye y la sustituída, pues de otro modo hay imposibilidad de llevarla á cabo.

Artículo 1284.—La novacion no existe sin la expresa voluntad de hacerla. En cuanto á la sustitucion de la persona del deudor, debe mediar el consentimiento del acreedor.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Las mismas condiciones exigen los: Arts. 1273 al 1275 Cód. Francia.—803 y 804 Portugal.—1270 Italia.—456, seccion 6.ª, Prusia.—1452 Holanda.—1038 Neufchatel.—2188 Luisiana.—1280 Bolivia.—Ley 8.ª, párr. 5.º, tít. II, LIII; tít. III, lib. XLVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 3 Febrero 1862.
Sent. 12 Junio 1867.

La delegacion de un crédito no perjudica al acreedor ni puede favorecer al delegado, cuando ha sido hecha sin el consentimiento del primero (Sent. 27 Marzo 1858).

No se falta á lo prescrito en la ley 15, título XIV, Partida 5.ª, segun la que la novacion de contrato por sustitucion ó delegacion del deudor exige el consentimiento y aceptacion del acreedor cuando está plenamente demostrada en autos dicha aceptacion (Sent. 15 Diciembre 1874).

La novacion no debe establecerse por presunciones sinó por voluntad expresa de las partes (Sent. 14 Febrero 1876).

Si al celebrarse ciertos pactos de cesion declaró el primitivo acreedor, con otorgamiento del deudor, que por tales convenios no se entendiera que se hacía novacion en el contrato de hipoteca, esta cláusula contiene una reserva explícita de hipoteca que, aceptada por el deudor, queda firme y subsistente para la seguridad del crédito cedido; y en su virtud, al calificar la Sala sentenciadora de hipotecario el crédito cedido, no infringe las leyes 15 y 16, título XIV, Partida 5.ª (Sent. id., id., id.).

La ley 15 citada, que dispone *como se puede desatar la obligacion principal por otra que facen de nuevo sobre ella*, es inaplicable al pleito en que no ha concurrido la intervencion del acreedor, que la ley de Partida exige para la variacion de la persona del deudor, ni se ha justificado el pacto de no pedir que alegó el recurrente (Sent. 15 Abril 1878).

COMENTARIO

Dos condiciones exige la ley para la novacion una que debe tener lugar en todos los casos, y es la expresa voluntad de hacerla, y otra que es sólo precisa cuando se sustituye la persona del deudor, y es el consentimiento del acreedor.

El primer requisito lo suponen algunos limitado en la ley al caso de expromision, aunque no por esto dejan de considerar lo aplicable á todos los casos por analogía; pero nosotros no vemos que se halle limitado en la ley á un caso solo, porque ésta, hablando de la novacion del contrato y de la del deudor, exige que *diga abiertamente el debdor que lo facia con voluntad que el primero (pleito) fuese desatado*; lo que, como bien se ve, se refiere á la novacion del contrato; *é este debdor ó manero que metieron en su logar de nuevo, fincase obligado por la debda é el otro quito*, lo que sólo es aplicable á la expromision. Pero todavía puede verse esta doctrina confirmada más adelante, al exigir dicha ley la expresion de las palabras apuntadas al deudor *cuando renovase el pleito segundo*, pues de otro modo *non se desataria el primero*; todo lo cual nos prueba que, tanto en uno como en otro caso, es necesaria la expresa voluntad de novar.

En cuanto al consentimiento del acreedor, sólo es exigible cuando la novacion se hace en la persona del deudor, porque este cambio puede hacer desaparecer para el acreedor la garantía de su crédito, desde el momento en que la nueva persona obligada no ofrezca las mismas condiciones de responsabilidad que el primitivo deudor, por cuya razon no era justo consentir esta sustitucion sin aquel requisito.

Artículo 1285.—La insolvencia del deudor sustituído no dará derecho al acreedor para reclamar contra el primitivo deudor.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 16, tít. XX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda, aunque con variaciones, con los arts. 1276 Cód. Francia.—805 Portugal.—1454 Holanda.—2190 Luisiana.—Ley 3.ª, tít. XLII, lib. VIII, Código Romano.—Ley 4.ª, tít. IV, li-

bro XVIII, XXVI, tít. I, lib. XVII, 1.ª, tít. VI, lib. XLII, Digesto.

COMENTARIO

La razon de lo dispuesto en este artículo es muy sencilla: una vez hecha la novacion en cuanto á la persona del deudor, se extingue la obligacion contraída por el primitivo, y ya no puede reclamársele nada; de manera que si fuere insolvente el segundo obligado, no podrá repetirse ya contra aquél.

Artículo 1286.—Cuando una obligacion pura se convierte en condicional, no habrá novacion si llega á faltar la condicion puesta en la segunda, ó si ántes de cumplirse aquélla, ó en el acto, cambia el sustituído de estado en tales términos que no puede comparecer en juício.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con el párr. 3.º, tít. XXX, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 12 Noviembre 1867.

Si bien la ley 15, tít. XIV, Partida 5.ª, reconoce la novacion como uno de los medios de extinguir las obligaciones, es, sin embargo, necesario que cuando fuese hecha bajo cierta condicion, se cumpla ésta, para que produzca dicho efecto; porque en otro caso, conforme la disposicion de la misma ley, *fincaria firme el primer pleito, ó seria tenudo de lo cumplir el debdor de lo que habia fecho, é non valdria el renovamiento del segundo pleito* (Real cédula 22 Noviembre 1864).

COMENTARIO

En tanto considera la ley posible la novacion de un contrato, en cuanto que no deje de cumplirse de un modo ú otro lo convenido en él, por lo cual declara nula la novacion, cuando por faltar la condicion establecida en el nuevo convenio, ó por cambiar el nuevo deudor de estado, ántes ó en el acto de verificarse aquélla, en términos que no pueda comparecer en juício, quede sin cumplimiento lo estipulado, en cuyos casos declara la ley subsistente el primitivo contrato.

Artículo 1287.—No es válida la novacion de una obligacion condicional en pura si no se cumple la condicion de la primera, á no ser que el obligado puramente prometiera pagar lo convenido, aunque la condicion no se cumpliese.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo que hemos dicho en el anterior es aplicable tambien al caso de este artículo: siempre que por algun motivo pueda dejar de cumplirse lo estipulado, la ley declara nula la novacion y subsistente el primer convenio.

Artículo 1288.—Cuando el nuevo deudor que se subrogare al antiguo fuere un menor de catorce años y mayor de siete que lo hiciera sin consentimiento de su tutor, la primera obligacion se extingue y no queda obligado el deudor de la segunda.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Si la persona nuevamente obligada fuere un menor de catorce años que hubiere contraído la obligacion sin consentimiento del tutor, se extingue aquélla respecto del que la contrajo primeramente, y no se halla obligado el menor á cumplirla si no quiere; cuya doctrina es perfectamente justa, porque el acreedor bien pudo enterarse ántes de consentir en la novacion de la responsabilidad del nuevo deudor, y él solo debe culparse de no haberlo hecho una vez que la ley exige para hacerla su consentimiento.

Artículo 1289.—Si la obligacion primitiva se convirtió, con beneplácito del acreedor, en otra de dar ó hacer, y no cumpliere el deudor lo prometido en ella, es libre el acreedor para exigirle el cumplimiento de una ú otra, sin que pueda alegar el deudor la caducidad de la primera obligacion.

ORÍGENES

Ley 41, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La novacion, si bien extingue la obligacion

primitiva, no libra al deudor del deber de cumplirla cuando falta á la ejecucion de lo nuevamente pactado, pues no sería justo que saliese perjudicado el acreedor en sus derechos, si el deudor se valía de aquel medio para no pagarle la deuda.

Artículo 1290.—Si creyéndose uno deudor de otro le prometiese librarle de la deuda que tenga con un tercero pagando á éste, vale la novacion, quedando, por lo tanto, subsistente la segunda promesa, aunque despues se deshaga el error.

Puede, sin embargo, el que de este modo se obligó, exigir al deudor que le libre de la obligacion contraída, y en otro caso, que le abone si se viera apremiado á su cumplimiento, todo lo que por aquél hubiese pagado, sin que pueda excusarse por no haberle mandado hacer dicho pago.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Si la promesa hecha bajo un supuesto erróneo extingue la obligacion que trataba de novar, y en tal sentido obliga al que la hizo, tambien éste tiene derecho á repetir lo indebidamente pagado, porque nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro.

Artículo 1291.—El deudor que ofrece pagar á un tercero considerándolo equivocadamente acreedor del que lo era suyo, puede excusar el pago, oponiendo la excepcion de lo indebido.

Si verificó la paga por mandato de su verdadero acreedor, su obligacion queda extinguida, pudiendo dicho acreedor reclamar del tercero lo que indebidamente recibió.

Si el pago se hizo sin mandato del acreedor, no se extingue la obligacion del que pagó, pero puede reclamar del tercero la restitucion de lo indebidamente satisfecho.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Así como en el caso del artículo anterior se trataba de una novacion válida, y por esto se consideraba obligado al que, creyéndose deudor de otro, tomó á su cargo lo que éste debía á un tercero, en el caso presente no existe verdadera novacion, porque no puede considerarse como tal la promesa de pagar hecha por un deudor á un tercero á quien cree acreedor del que lo es suyo; pues habiendo procedido por error, la ley le faculta para oponer contra dicho tercero la excepcion de lo indebido.

Pudiera suceder que, en vez de promesa, hubiera dicho deudor verificado el pago, y en esté caso distingue la ley si medió ó no mandato del verdadero acreedor. Si hubo mandato, cesa la obligacion del verdadero deudor, y lo contrario sucede si no medió mandato del acreedor. En el primer caso el acreedor tiene accion para reclamar del tercero la cantidad percibida. En el segundo caso la accion para repetir contra el tercero pertenece al pagador.

SECCION SEXTA

DE LA QUITA Ó PERDON DE LA DEUDA

Artículo 1292.—Por quita ó remision se extingue la deuda cuando el acreedor perdona al deudor lo que éste le debe.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No puede reputarse condonacion de una deuda la facultad que el acreedor da al deudor, vista la insolvencia del momento, de saldar su crédito cuando le sea posible, cuya circunstancia se deja á su buena fe (Sent. 15 Junio 1866).

COMENTARIO

Otro de los modos de extinguirse las obligaciones es la quita, remision ó perdon que el acreedor hace al deudor de toda la deuda ó de parte de ella. Es un modo que la ley de Partida equipara á la paga y produce sus mismos efectos, á saber, la extincion de la deuda.

Sólo el acreedor es el que puede perdonar la deuda, ú otro con poder suyo, mas no el administrador ó simple apoderado, porque la quita constituye una especie de donacion, y estas personas no tienen poder para donar.

Artículo 1293.—La quita de la deuda puede ser expresa ó tácita.

Se entenderá tácita cuando el acreedor entregare voluntariamente y á sabiendas á su deudor el documento privado en que constáre la deuda, ó lo rompiese, á no ser que aquél probare que lo hizo sin intencion de perdonarla ó por fuerza, error ó engaño, en cuyos casos subsiste su accion contra el deudor.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 40, tít. XIII de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda su segunda parte, salva la distincion hecha, con: Arts. 1282 Cód. Francia.—956 Vaud.—1322 Friburgo.—1046 Neufchatel.—2195 Luisiana.—1290 Bolivia.—390 Prusia.—Leyes 24, tít. III, lib. XXII y 2.ª párr. I, título XIV, lib. II; 14 y 15, tít. XLIII, lib. VIII, Código Romano.—Leyes 3.ª, tít. III, lib. XXXIV y 59 *de legatis*, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

Del texto de las leyes 9.ª, tít. XIV, y 40, título XIII, Partida 5.ª, se deduce la distincion de la quita en expresa y tácita. No hace falta definir la primera, porque fácilmente sabe cuándo ha mediado; pero no sucede lo mismo con la segunda, para la cual se requieren hechos ciertos del acreedor que den á entender claramente su voluntad de perdonar la deuda.

La ley 9.ª dice que esto tiene lugar *si un ome diese á otro la carta que habia sobre él, del debdo que le debiese, ó la rompiese á sabiendas, con entencion de quitarle el debdo; que tambien seria quito por ende, como si lo oviese pagado.*

Lo mismo prescribe la ley 40 hablando de la prueba, de cuyas dos leyes se deduce que la quita ha de ser voluntaria, ha de hacerse á sabiendas y con intencion de remitir la deuda; de tal manera, que si el acreedor probase que entregó el documento donde aquella constaba, sin voluntad de perdonarla ó por engaño, fuerza, dolo, ó por haberle sido hurtado, no tiene lugar la remision tácita, y puede reclamar contra el deudor.

Nada más dicen estas leyes sobre la materia, por lo cual no consideramos como un nuevo y verdadero caso de remision el juramento deferido por el acreedor, porque éste, aunque lo cite la ley 9.ª, es más bien prueba de la no existencia de la deuda. Lo mismo decimos respecto á la ley 11, tit. XIX, Partida 3.ª segun la cual, hallándose la carta sana ó íntegra en poder del deudor, incumbe á éste el probar que se la dió el acreedor queriéndole perdonar la deuda, pero no si la tuviere rota y cancelada, porque entónces se presume el perdon. La ley

9.ª no hace distincion: y siendo de tan escaso fundamento la de la 11, dada la facilidad de poder romperse el documento sustraído, debe considerarse perdonada la deuda cuando el documento en que consta se halla en poder del deudor, miéntras el acreedor no pruebe lo contrario, ó la sustraccion por medio de la fuerza ó el dolo.

Artículo 1294.—La remision es judicial si se concede á instancia del deudor en concurso voluntario de acreedores, previos los trámites marcados en las leyes de procedimientos.

ORÍGENES

Arts. 507 al 518, Ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Los arts. 511 y 513 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al determinar el modo y forma en que el deudor comun puede convenirse con sus acreedores acerca de la quita y espera que haya solicitado de los mismos para el pago de sus respectivos créditos, no se extiende á terceras personas que son ajenas, ó no tuvieran intervencion en el juicio (Sent. 21 Enero 1870).

COMENTARIO

Aunque el contenido de este artículo es propio del derecho procesal, lo consignamos aquí para que sirva de fundamento á la division de la quita en judicial y extrajudicial. La que á nosotros principalmente nos interesa es la segunda, que tiene lugar por convenio celebrado entre las partes interesadas.

Artículo 1295.—El perdon concedido al deudor principal aprovecha á sus fiadores y herederos, á no ser que el acreedor probare que expresamente no se hizo extensivo á éstos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 11, tít. XIV, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la primera parte de los artículos 1287 Cód. Francia.—1282 Italia.—1478 Holanda.—960 Vaud.—1325 Friburgo.—652 Tesino. — 1052 Neufchatel. — 2201 Luisiana.—Ley 68, tít. I, lib. XLVI, 23, tít. XIV, libro II, Digesto.

COMENTARIO

El fundamento de este artículo es *que todo ome que face pleito ó postura con otri, que lo face tambien por sus herederos como por si, maguer ellos non sean nombrados en la postura*; por cuya razon, si la ley dispone que en algun caso no alcance la quita á los herederos, es por excepcion y debiéndose probar por el acreedor que aquella gracia fué concedida sólo al deudor, de suerte que la regla general es que por la quita *fincan libres el debdor é sus fiadores é los peños é sus herederos de la obligacion en que eran obligados, porque lo debian dar ó facer*. (Ley 1.ª)

Artículo 1296.—La devolucion voluntaria de la cosa recibida en prenda no supone remision de la deuda.

ORÍGENES

Ley 40, tít. XIII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1286 Cód. Francia.—1280 Italia.—1477 Holanda.—959 Vaud.—1051 Neufchatel. — 651 Tesino. — 1326 Friburgo.—2200 Luisiana.—1294 Bolivia.—Leyes 158 *De regulis juris*, 3.ª, tít. XIV, lib. II, 1.ª, párr. 1.º, tít. III, lib. XXXIV, Digesto; 9.ª, tít. XXVI, libro VIII, Código Romano.

COMENTARIO

No puede considerarse como remision de la deuda lo que únicamente constituye un acto, por el que prueba el acreedor la confianza que le inspira el deudor, cual es la devolucion de la prenda; se presume, sí, extinguido el derecho en ésta, pero nunca la deuda, que es independiente de él, y que, para ser perdonada, hemos visto que debe hacerse de un modo expreso, ó por hechos que manifiesten la intencion de hacerlo.

Artículo 1297.—Es nula la remision de la deuda hecha en fraude de acreedores y teniendo noticia el deudor del engaño.

Si éste lo ignorase y su fiador lo supiese valdrá la remision en cuanto al primero, y será nula en cuanto al segundo; el cual, siendo insolvente, podrá demandar á aquéllos

bienes que le fuesen necesarios para completar el pago.

En el caso de conocer el engaño el deudor é ignorarlo su fiador, se extingue la obligacion del último.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Es natural que la ley declare nula la quita hecha en fraude de acreedores, porque ademas de no hacerse por bien del deudor, se perjudican derechos adquiridos por otras personas, y esto no puede aquélla consentirlo; mas para ello es necesario que el deudor ó su fiador conozcan el fraude, pues si lo ignorasen, su buena fe les libra de la obligacion, por no ser justo que sufran las consecuencias de un mal que no hicieron.

SECCION SÉTIMA

DE LA CESION DE BIENES

Artículo 1298.—La cesion de bienes es el abandono que un deudor hace judicialmente, y despues de dada la sentencia contra él, de todos aquéllos en favor de sus acreedores, ya por sí ó por medio de procurador.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1265 y 1268 Cód. Francia.—2166 y 2171 Luisiana.—1269 Bolivia.—Leyes 7.ª y 8.ª, tít. LXXI, lib. VII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

No puede revocarse la cesion hecha á un acreedor en pago de un crédito reconocido de bienes embargados, para satisfaccion de otros acreedores, siempre que dicha cesion se hubiese hecho ántes de verificarse el embargo (Sentencia 7 Marzo 1863).

Es legítima la cesion de fincas en pago y solvencia de suma cierta y líquida que segun documento público se adeude, y por la cual se haya despachado ejecucion (Sent. 3 Marzo 1866).

COMENTARIO

La cesion de bienes consiste en el abandono de ellos hecho por el deudor en juicio despues de fallarse contra él, y no ántes, y á favor de sus acreedores, cuando no le quedan bienes para pagar todas las deudas.

Si bien la analizamos, hallaremos que no es en rigor un modo verdadero de extinguirse las obligaciones, en cuanto que, segun veremos luégo, si el deudor pasa á mejor fortuna despues de haber cedido sus bienes, puede ser compelido al pago; pero la ley la coloca entre aquellos modos, y así debemos hacerlo nosotros. Dice así el proemio del tít. XV, Partida 5.ª: *Desamparan los debdores a las vegadas sus bienes, veyendo que non pueden pagar lo que deben por aquello que han. Onde pues que en el título ante deste fablamos, de como deben ser fechas las pagas por aquellos que las han poder de facer: queremos aqui decir de los otros que desamparan sus bienes, cuando non han poderio de facer la paga.*

Como se desprende de la definicion apuntada, tomada de la ley 1.ª, la cesion puede ser judicial y extrajudicial; pero ésta no nos interesa ni surte los efectos que sólo se hallan marcados á la primera por el legislador, ni la ley se ocupa más que de la primera.

Puede hacerla el deudor, ya por sí ó por procurador, ante el juez, despues de haberse dado la sentencia, y no ántes. *Si de otra guisa los desamparare, non valdria.*

Artículo 1299.—La cesion se extiende á todos los bienes del deudor.

Quedan, sin embargo, exceptuados:

1.° Los vestidos de uso diario propios, de la mujer é hijos.

2.° Aquellos bienes que el juez reserva-

re como bastantes para vivir á los descendientes, ascendientes, cónyuge, sócio ó donatario que tuviesen derecho á recibir algo del deudor.

3.° Los instrumentos necesarios para su profesion ó arte.

Todo lo demas debe venderse en pública subasta.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, Partida 5.ª
Art. 951, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

La regla general es que la cesion se extiende á todos los bienes del deudor; pero hay una porcion de ellos que por razones de necesidad, de caridad, ó por beneficio de competencia concedido á ciertas personas, se excluyen de la cesion.

Se cuentan entre los primeros las ropas de uso diario, tanto propias como de la mujer é hijos; entre los segundos los instrumentos necesarios para el arte ó profesion del deudor, y entre los últimos los comprendidos en el número 2.° del artículo.

Artículo 1300.—No pueden ceder sus bienes:

1.° Los deudores alzados.

2.° Los deudores, cuando fuesen sus deudas procedentes de delito ó cuasi delito en que hubiere mediado fraude, ocultacion ú otro vicio, en cuanto á la multa ó pena pecuniaria que por él les fuere impuesta; no por lo perteneciente al interes peculiar del agraviado.

3.° Los arrendadores de rentas del Estado y sus fiadores.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, 8.ª y 9.ª, tít. XXXII, lib. XI, Novísima Recopilacion.

Artículo 1301.—La cesion de bienes deja libre al deudor de ser emplazado y extingue el crédito ó créditos hasta donde alcancen los bienes cedidos, sin que tenga que responder en juício á sus acreedores, á no ser que por ganancia posterior pueda pagar las deudas y quedarse con bienes para vivir.

Los fiadores, sin embargo, quedan obligados á pagar lo que restare para cubrir las deudas.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda el núm. 1.° y 2.° con el art. 1270 Cód. Francia.—El 1.° con: Arts. 2172 Luisiana.—Leyes 1.ª, 4.ª y 7.ª, tít. LXXI, lib. VII, Código Romano.—El 2.° con las leyes 4.ª, 6.ª y 7.ª, tít. III, lib. XLII Digesto; 1.ª, tít. LXXI, lib. VII, Código; 173 *De regulis juris*.—Con la última parte concuerda la ley 21, párr. 3.°, título I, lib. XLVI, Digesto; párr. 4.°, tít. XIV, lib. IV, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 14 Octubre 1873.

Es completamente inaplicable la ley 3.ª, título XV, Partida 5.ª, que describe *la fuerza que ha el desamparamiento* de bienes hecho por el deudor, cuando éste no llegó á realizar la cesion de sus bienes, por haberla suspendido el convenio que puso término en su orígen á los autos del concurso, y mediante que las leyes de Partida referentes á esta materia han sido reformadas y refundidas en el tít. XI, parte 1.ª de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 20 Febrero 1874).

COMENTARIO

En este artículo hallamos dispuesto lo que hemos indicado en comentarios anteriores como prueba de que la cesion de bienes no era un verdadero modo de extinguirse las obligaciones, en cuanto vuelven á existir éstas tan pronto como el deudor que cedió los bienes venga á mejor fortuna; miéntras tanto, el efecto que aquélla produce es impedir que pueda aquél ser emplazado y extinguir los créditos contra él existentes, sin que tenga que responder en juicio á los acreedores.

El beneficio de la cesion es personal y no alcanza á los fiadores, quienes quedan obligados á pagar lo que restare para cubrir las deudas del principal.

Artículo 1302.—La cesion no confiere á los acreedores la propiedad de los bienes cedidos, sinó el derecho de hacerlos vender, y de que su importe, como el de las rentas, se invierta en el pago de los créditos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1269 Cód. civil, y 904 Cód. de procedimientos, Francia.—2171 Luisiana.—Ley 4, tít. LXXI, lib. VII, Cód. Romano.

COMENTARIO

Nadie mejor que el juez puede obrar con imparcialidad al hacer el reparto de los bienes cedidos entre los acreedores; pero no es ésta sola la razon por la cual no debe darse á éstos la propiedad de dichos bienes, sinó que hay otra, y es, que quizás podrian éstos venderse con ventaja por circunstancias apetecibles para algun comprador, en cuyo caso es posible que despues de pagar los créditos, sobrase algo para el deudor, y no sería justo privarle de esta ganancia, dando á los acreedores la propiedad de los bienes.

Artículo 1303.—Siendo todas las deudas de una misma naturaleza, el juez debe partir el valor de los bienes del deudor entre los acreedores á prorata de la cantidad á que ascienden los créditos de cada uno.

Si hubiere créditos privilegiados, éstos deberán ser satisfechos primeramente, aunque no queden bienes para pagar á los otros.

El deudor que ántes de venderse sus bienes los pidiere para pagar las deudas ó defenderse contra los acreedores, debe ser oido.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: leyes 3.ª y 5.ª, tít. III, lib. XLII, Digesto; 2.ª, tít. LXXI, lib. VIII, Código Romano.

COMENTARIO

Para el reparto del producto obtenido en la venta de los bienes inmuebles atiende la ley á la naturaleza de las deudas y dispone que si son iguales, debe el juez repartir entre los acreedores el valor de aquellos bienes, dando á cada uno lo que conforme á la cuantía de su crédito le corresponda; y si las deudas fueren de distinta naturaleza porque algunas debieran pagarse ántes ó despues que otras, por razones que en otro lugar expondremos, deberá satisfacer el juez primeramente las privilegiadas, aunque para las restantes no queden bienes.

Sobre este punto la ley de Enjuiciamiento civil ha dado algunas disposiciones, marcando el órden que debe seguirse en la graduacion de créditos.

Mas ántes de llegar á este caso y de venderse los bienes objeto de la cesion, es posible que el deudor los pidiere para pagar las deudas ó para defenderse luégo contra los acreedores, y la ley no ha querido negarle este derecho, declarando que tal deudor debe ser oido.

Artículo 1304.—En el caso de que el deudor solicite quita ó espera, y en todo lo que se refiera al modo de llevar á cabo la cesion judicial, deberá observarse lo prescrito en las leyes de procedimientos.

ORÍGENES

Tít. XI, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

Algunas disposiciones más contienen las Partidas en sus leyes 5.ª y 6.ª, relativas al caso en que el deudor solicite de los acreedores quita ó espera; mas han sido modificadas por la ley de Enjuiciamiento civil, que en este punto manda se esté á lo que decida la mayoría en junta de acreedores; así como en cuanto al modo de llevarse á cabo la cesion ha dictado y establecido los trámites á que para ello deben ajustarse los Tribunales.

SECCION OCTAVA

DE LA CONFUSION DE DERECHOS

Artículo 1305.—Cuando se reunan en una misma persona la calidad de acreedor y la de deudor, hay confusion de derechos, y quedan extinguidos el crédito y la deuda.

No hay confusion cuando concurrieren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor por título de herencia y ésta se hubiere aceptado á beneficio de inventario

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VI, Partida 6.ª
Sent. del T. S. de 10 Abril 1875.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1300 y 802, núm. 2, Cód. Francia.—796, en cuanto al primer párrafo, Portugal.—1296 y 968 Italia.—1472 y 1078 Holanda.—1445, 802 y 812 Austria.—476, seccion 6.ª, en cuanto á la primera parte, Prusia. —3.°, lib. IV, cap. V, id. Baviera.—965 y 740 modificado, Vaud.—1332 y 951 Friburgo.—659 y 481 Tesino.—1058, en cuanto á la primera parte, Neufchatel.—2214 y 1047 Luisiana.—1311 y 810 Bolivia.—Leyes 21, párrs. 1.° y 3.°; 50, tít. I, 75, 95 y 107, tít. III, lib. XLVI; 21, tít. III, lib. XXXIV, Digesto, en cuanto á la primera parte; y en cuanto á la segunda, ley 22, párr. 9, tít. XXX, lib. VI, y párr. 5.°, tít. XIX, lib. II, Cód. Romano.

COMENTARIO

El conocido principio del Derecho Romano, *nemo potest apud eamdem pro ipso obligatus esse*, es el que sirve de fundamento á lo dispuesto en el primer párrafo del artículo. De lo establecido en la ley 8.ª, tít. VI, Partida 6.ª, respecto á la confusion que tiene lugar por título de herencia aceptada á beneficio de inventario, dedúcese el contenido de aquel párrafo, que se halla confirmado terminantemente por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1875; y con arreglo á una y otra contamos entre los modos de extinguirse las obligaciones el que tiene lugar cuando en una misma persona se confunden ó reunen las calidades de acreedor y deudor, pues nadie puede ser uno y otro á un mismo tiempo.

La confusion tiene lugar, ya en virtud de un título universal, como la herencia, ya por título particular que trasfiera el crédito al deudor.

Si se reunen en una persona los caractéres de deudor principal y de fiador, quedará extinguida la obligacion accesoria, pero no la principal, porque permanecen distintos los conceptos de acreedor y de deudor. La confusion que se verifica en la persona del deudor principal aprovecha á los fiadores, porque lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, y la que se verifica en la persona del acreedor que sucede á uno de los deudores solidarios, ó al contrario, sólo aprovechará á los demás en la parte prorateada correspondiente á dicho deudor.

No tiene lugar la confusion, segun la última parte del artículo tomada de la ley 8.ª de Partida, cuando se verifique por título de herencia aceptada á beneficio de inventario, porque mediante éste queda libre el heredero de responder de las cargas del difunto con otros bienes que los hereditarios, y por consiguiente, léjos de confundirse la deuda del difunto con el crédito del heredero, puede éste reclamarlo como si fuere un extraño.

SECCION NOVENA

DE LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

Artículo 1306.—Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiere sin culpa del deudor, y ántes de constituirse éste en mora, la obligacion queda extinguida.

Habiendo culpa ó mora por parte del deudor, estará éste obligado á la indemnizacion con arreglo á lo que se prescribe en la Seccion 3.ª, cap. III de este título.

Lo mismo sucederá en los casos en que, segun lo prevenido en el mismo lugar, deba responder del caso fortuito.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 18, tít. XI de la misma.
Ley 3.ª, tít. II de la misma.
Ley 4.ª, tít. III de la misma.
Ley 27, tít. V de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1302 Cód. Francia.—1480 Holanda.—1298 Italia.—1447 Austria.—12, lib. IV, cap. XV, Baviera.—967 Vaud.—1334 Friburgo.—661 Tesino.—1060 Neufchatel.—2216 Luisiana.—1313 al 1315 Bolivia.—Leyes 33, 37, 51, 82, 91 y 140 *De verborum obligationem.*—Ley 24, *De usuris.*—Leyes 23 y 49, tít. I, lib. XLV; 30, lib. XXX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Mayo 1877.

El principio general de derecho de que la *cosa perece para su dueño*, está, como todos, subordinado á lo que las leyes disponen concreta y expresamente, y es sólo aplicable en los casos que ellas prescriben; no siéndolo cuando se trata de designar la persona jurídica responsable civilmente del cumplimiento de una obligacion personal (Sent. 29 Diciembre 1874).

COMENTARIO

Perdida ó destruida la cosa objeto de la obligacion, deja de existir ésta.

De varios modos puede tener lugar la destruccion ó pérdida de la cosa; y aunque la ley por su manera general de expresarse no los enumere, deben comprenderse en ella; tal sucede, por ejemplo, cuando la cosa se pierde y no se descubre su paradero, cuando no puede ser entregada, etc.

Establece la ley, como requisito indispensable para que por tales causas se extingan las obligaciones, el que no medie culpa ni mora por parte del deudor, porque de otro modo continuaría éste obligado á pagar la estimacion de la cosa, ó lo que es lo mismo, al resarcimiento de daños y perjuicios, de lo cual ya hemos tratado anteriormente.

No necesitamos tampoco repetir lo que sobre el caso fortuito queda explicado; lo mismo la ley 3.ª, tít. II, Partida 5.ª, que otras tambien citadas, en los casos especiales á que ellas se refieren, establecen idéntica doctrina: no se presta el caso fortuito sinó cuando media pacto expreso, culpa ó mora del deudor, ó le da éste ocasion. Sólo en estos casos procede la indemnizacion de perjuicios.

Si para que se extinga la obligacion por la pérdida de la cosa ha de ser ésta cierta, se comprende perfectamente que no puede tener esto efecto cuando la que se deba sea una cosa en abstracto, ó cantidad de dinero, pues en estos casos la cantidad no perece; siempre se debe el tanto á que asciende. Es, pues, necesario tener en cuenta, para resolver las dudas que se presenten en esta materia, que siendo cosa determinada ó que se haya determinado de algun modo, como sucede, por ejemplo, cuando se deben cosas fungibles de lugar designado, la pérdida de ellas produce la extincion de las obligaciones sobre las mismas constituídas; y si lo convenido fué hacer alguna cosa, se entiende perdida ésta, ó extinguido el contrato, cuando por fuerza mayor, caso fortuito, etc., no fuere posible llevarlo á cabo.

Por último, el deudor queda obligado á entregar lo que no hubiere perecido, siendo la pérdida ó destruccion de la cosa parcial, y además á ceder al acreedor los derechos y accio-

nes para reclamar indemnizacion de perjuicios á quien corresponda, segun los casos.

Artículo 1307.—Siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor, por caso fortuito, se halla aquél obligado á probarlo.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 15, tít. VIII de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda en el fondo con los Códigos modernos citados en el anterior y con las leyes 5.ª, tít. XXIV, lib. IV, Cód. Romano, 9.ª, párr. 4.º, tít. II, lib. XIX, Digesto.

Artículo 1308.—Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediera de delito ó falta, no se eximirá el deudor de abonar su valor, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, á no ser que, habiendo ofrecido la cosa el que debía recibirla, no quisiera éste admitirla, y luégo se perdiese.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XIV, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con los Códigos modernos citados en los anteriores y con las leyes 8.ª y 20, tít. I, lib. XIII, XIX, tít. XVI, lib. XLIII, Digesto; 2.ª, tít. VIII, lib. IV, Cód. Romano.

SECCION DÉCIMA

DE LA RESCISION DE LAS OBLIGACIONES

§ I

Disposiciones generales.

Artículo 1309.—Las obligaciones pueden rescindirse:

1.º Por vía de restitucion á las personas sujetas á tutela ó curaduría (*a*).

2.º Por el fraude cometido en perjuício de los acreedores en la enajenacion de los bienes de su deudor (*b*).

3.º Por lesion en más de la mitad del justo precio (*c*).

4.º En los demas casos que especialmente se consignen en las disposiciones de este Código (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes del tít. XIX, Partida 6.ª

(*b*) Leyes 7.ª, tít. XV, y XI, tít. XIV, Partida 5.ª

(*c*) Leyes 2.ª y 3.ª, tit. I, lib. X, Nov. Rec.

(*d*) Leyes 56, tit. V, y XXVIII, tit. XI, Partida 5.ª

Ley 7.ª, tít. XXXIII, Part. 7.ª
Leyes 30, tít. II, y XV, tít. VII, Part. 3.ª
Leyes 63, 64 y 65, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Otro de los modos de extinguirse las obligaciones tiene lugar cuando por los vicios de que adolecen se rescinden ó se deshacen, de manera que cada contratante adquiere los derechos ó bienes que tenía ántes de celebrar el contrato.

Se habla en las leyes indistintamente de la rescision y nulidad como sinónimas, y conviene distinguirlas, porque los efectos de una y otra no son los mismos. La nulidad no puede subsanarse por ningun medio; el acto que carece de algun requisito esencial es nulo desde el principio, y debe considerarse como no hecho. Los defectos que motivan la rescision, por el contrario, pueden subsanarse.

Los vicios que afectan á la validez de los con-

tratantes y los anulan, ya los hemos estudiado al tratar de sus requisitos esenciales; ahora veamos lo que respecto á la rescision dictan nuestras leyes, para lo cual, si hemos de seguir el órden marcado en el Proyecto de Código, conviene reunir las que sobre esta materia tratan en tres grandes grupos: 1.°, las que aplican la rescision á los actos y contratos celebrados por personas sujetas á tutela ó curaduría por vía de restitucion; 2.°, las que lo hacen á las enajenaciones hechas en fraude de acreedores; y 3.°, las que la declaran en todos aquellos casos en que interviene lesion ó cualquier otro vicio particularmente tratado en las disposiciones de este Código, por lo cual bien se comprende que únicamente trataremos en este lugar de la rescision referente á la restitucion *in integrum* y enajenaciones fraudulentas, dejando la del tercer grupo para examinarla cuando estudiemos cada contrato en particular.

En cuanto á la rescision por lesion enorme, no tenemos ninguna ley que la establezca para todos los contratos en general, sinó únicamente para alguno de ellos, como la compra-venta. Esto no obstante, se ha creído por muchos autores que, á pesar del silencio de las leyes, debía esta causa de rescision hacerse extensiva á todas las demas convenciones en que fuera posible aquella lesion.

En este mismo sentido ha fallado diversas veces el Tribunal Supremo.

Artículo 1310.—La rescision de una obligacion principal causa la de todas sus accesorias.

ORÍGENES

Ley 56, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las 129 y 178 *De regulis juris.*

COMENTARIO

Este principio, tomado del Derecho Romano y terminantemente señalado en la ley 56 de Partida, respecto á la compra-venta, no es la última vez que lo hemos de ver declarado. Lo accesorio no puede subsistir sin lo principal; por consiguiente, rescindida la obligacion principal, se extinguen tambien las accesorias dependientes de ella, lo que no sucede al contrario, porque lo principal puede existir sin lo accesorio.

§ II

De la restitucion de las personas sujetas á tutela ó curaduría, y otras á quienes la ley concede este beneficio.

Artículo 1311.—Pertenece el beneficio de la restitucion:

1.° A los menores de veinticinco años por el daño que hayan sufrido en las obligaciones contraídas por sí, por sus tutores á su nombre, ó producido por tercera persona.

2.° A las personas sujetas á curador por el daño que les hayan causado éstos en las obligaciones contraídas en su representacion.

3.° Al Estado, Iglesias y Concejos por el daño que sufran en sus bienes, del mismo modo que los menores.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIX, Part. 6.ª

Ley 10, del mismo título y Partida.

Leyes 1.ª, tít. XIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 2.ª, tít. XXVIII, 3.ª, tít. XXV, lib. II, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Enero 1869.

El beneficio de restitucion lo otorgan las leyes á los menores perjudicados aunque no medie dolo (Sent. 23 Noviembre 1860).

Si bien al Estado, á quien reputan las leyes como de menor edad, compete el beneficio de la restitucion *in integrum* por el perjuicio que haya recibido en sus intereses por negligencia ó engaño de otro, dicho beneficio, como extraordinario y subsidiario, no tiene lugar cuando

puede obtenerse la reparacion de aquél por un medio ordinario (Sent. 14 Enero y 4 Junio 1861).

La ley 10, tít. XIX, Partida 6.ª, concede el beneficio de la restitucion *in integrum* á los que gozando de él sufren pérdida ó menoscabo en sus bienes por culpa de los que *han á procurar* (Sent. 14 Octubre 1864).

La ley 7.ª, tít. II, lib. X, Nov. Rec., que concede á los casados mayores de diez y ocho años la facultad de administrar sus bienes, no les priva de los demas beneficios concedidos á los menores de veinticinco años (Sent. 26 Junio 1861).

La menor emancipada sólo puede reclamar contra los contratos en que intervino por el beneficio de la restitucion (Sent. 28 Abril 1866).

Procede el beneficio de la restitucion *in integrum* en favor de la Hacienda cuando se renuncia á continuar la apelacion, y en su caso la súplica, si esta renuncia ha podido producir daño notorio á la Hacienda (Sent. 22 Junio 1849).

COMENTARIO

Los sabios antiguos que ficieron las leyes tuvieron por bien entregar de todo su derecho á los menores que hubieren recibido menoscabos e daños en sus bienes por mengua de sí, porque non han entendimiento cumplido, en las cosas así como les sería menester, ó por culpa, ó por engaño de sus guardadores, ó de otro. Hé aquí cómo se expresa el tít. XIX de la Partida 6.ª respecto á la restitucion *in integrum* ó sea la reintegracion de un menor ó de otra persona privilegiada en todas sus acciones y derechos. Decimos de otra persona privilegiada, porque segun el artículo no son los menores los únicos que gozan de este beneficio, sinó tambien otras personas que por su incapacidad están sujetas á curador, como los locos, desmemoriados y pródigos, y por analogía con las corporaciones ó personas jurídicas equiparadas por la ley á los menores.

Artículo 1312.—Procede el beneficio de restitucion:

1.° En los actos judiciales cuando la confesion del menor, del guardador ó del abogado, ó la falta de defensa ú otras razones, resultaren gravosas al derecho del menor.

2.° Cuando éste hubiere sido adoptado por persona de mala conducta y que dilapidase sus bienes.

3.° Cuando por error en la opcion de un legado no eligiese lo mejor.

4.° En la venta de cosas del menor hecha en subasta, cuando despues otro ofrece más y de ello resulta utilidad para el menor.

5.° En los contratos que por cualquier causa le produjeran daño.

6.° Cuando el menor pidiere desamparar una herencia despues de haberla adido, siempre que lo haga con beneplácito del juez y ante los acreedores.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 5.ª y 7.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 3.ª, tít. XXV, Partida 3.ª
Ley 47, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Abril 1870.

Contra el lapso del término legal para interponer el recurso de nulidad no se concede el beneficio de restitucion á los menores, ni á los que disfrutan los beneficios de tales (Sentencia 24 Enero 1859).

Las ventas judiciales no están fuera del alcance de la reclamacion del menor, si interpuso la demanda para su rescision dentro del cuadrienio legal fundado en la lesion enorme que resulta de los remates celebrados para la venta, comparada con el valor en que los bienes vendidos le fueron á él adjudicados (Sentencia 12 Junio 1863).

Cuando en la peticion formulada de una demanda se invoca clara y explícitamente el beneficio legal de la restitucion *in integrum*, y á cuyo remedio es consiguiente, con arreglo á la ley, la reposicion del acto perjudicial que lo motiva, no obsta para esta declaracion la impropiedad de los términos con que se haya solicitado, porque admitido el principio, forzoso es deducir su consecuencia legal (Sent. 6 Abril 1866).

La restitucion *in integrum* corresponde á los menores áun en los actos judiciales, y procede la rescision en las ventas que se hacen judicialmente y en almoneda pública, cuando media lesion enorme, segun dispone la ley 2.ª, título I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 12 Junio 1863).

Los menores pueden reclamar los perjuicios

que hayan sufrido en un litigio por falta de representacion legal ó por otro motivo, no sólo durante su menor edad, sinó en los cuatro años siguientes que señalan las leyes para la restitucion *in integrum* (Sent. 30 Octubre 1865).

Es preciso que los interesados intenten el recurso precisamente ántes de haber espirado el cuadrienio legal (Sent. 29 Abril 1867).

COMENTARIO

En el presente artículo se hallan señalados los casos en que segun las leyes procede el beneficio de la restitucion *in integrum*.

Supuesta la necesidad de este remedio, la ley debía declararlo siempre que el menor pudiera sufrir daño, y, por tanto, era aplicable lo mismo á los contratos que á los juicios en que por confesion propia del guardador ó del abogado le fueran perjudiciales y gravosos. Este punto tendremos ocasion de tratarlo más detenidamente.

Artículo 1313.—El efecto de la restitucion consiste en volver las cosas al estado que tenían cuando el menor recibió el daño.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXV, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 24, párr. 4.º; 27, párrafo 2.º, tít. IV, lib. IV; 28, párr. 6.º, tít. VI, lib. IV, Digesto; única, tít. XLVIII, lib. II, Cód. Romano.

COMENTARIO

En este artículo se halla consignado lo que verdaderamente caracteriza la restitucion, la cual viene á ser el efecto de la rescision. No está facultado aquel contra quien se ejercita para consentir en ella ó enmendar el daño, como establece el Proyecto de Código, sinó que, una vez entablada, se reponen las cosas al estado que tenían cuando el menor fué perjudicado, segun disponen terminantemente las leyes citadas.

Los autores juzgan más conforme á la equidad el que se enmiende el daño satisfaciendo su causante lo que falte hasta el justo precio, con los intereses del tiempo intermedio, y de este modo queda resarcido el menor y desaparece la causa que motiva la restitucion; de esta manera tambien resuelve la cuestion el Proyecto de Código; pero en realidad esta solucion, aun cuando no la rechazamos, no es la que se desprende del texto terminante de la ley.

Claro es que si las cosas vuelven por dicho beneficio á su anterior estado, lo mismo el menor que la persona contra quien se ejercitó, adquieren los derechos y acciones que respectivamente tenían ántes de causarse el daño.

Artículo 1314.—Para que el beneficio de restitucion tenga lugar, es necesario probar la existencia del daño y la menor edad en el tiempo que el mismo se causó.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 5.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Ley 4.ª, tít. XIV, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Leyes 4.ª, tít. I; XX, párr. 1.º, tít. IV, lib. IV; XI, párr. 30, tít. IV, lib. IV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 15 Marzo 1871.
Sent. 4 Marzo 1874.
Sent. 23 Febrero 1863.
Sent. 9 Junio 1876.
Sent. 8 Octubre 1867.
Sent. 3 Abril 1869.

La accion de nulidad de una venta de bienes de menores es incompatible con la rescision de restitucion, porque para que ésta tenga lugar exigen las leyes de Partida que haya de probar *que recibió daño por su liviandad ó por culpa de su guardador ó por engaño que le ficiese otro ome* (Sent. 29 Abril 1865).

El beneficio de la restitucion concedido á los menores de edad es procedente, segun las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, siempre que se pruebe que han sufrido perjuicio, sin que sea necesario determinar su importancia. Para la prueba de este perjuicio no es taxativo por ninguna ley el juicio pericial, correspondiendo á la Sala sentenciadora apreciar el valor de la prueba que sobre este hecho se suministre (Sent 6 Abril 1866).

Si bien la ley 2.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, y 11, párr. 30, tit. IV, lib. IV del Digesto, exigen para la restitucion que se acredite el daño ó menoscabo, no designan qué clase de prueba ha de suministrarse sobre el particular. (Sent. 21 Enero 1869).

COMENTARIO

La prueba de la existencia del daño sufrido por el menor y la de la menor edad cuando lo recibió, son requisitos sin los cuales no procede la restitucion *in integrum*; pues ademas de exigirlos terminantemente las tres leyes citadas, no tendria razon de ser un beneficio que sólo se concede por la menor edad y por los daños que durante la misma se sufran, si no se probara la existencia de una y de otros.

Artículo 1315.—El beneficio de restitucion no aprovecha á los fiadores del menor sinó cuando el daño fué causado por dolo ó engaño de tercero.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Ley 4.ª, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El beneficio de la restitucion *in integrum* es personal, á no ser que el daño haya sido causado por dolo ó engaño de tercero, en cuyo caso, segun se expresa la misma ley 5.ª, debe estarse á lo prescrito en la ley 4.ª, tít. XII, Partida 5.ª, que dice: *fiando algun ome á mozo que fuese menor de veinte y cinco años; si á tal menor como este fuese fecho engaño sobre lo que es fecha la fiadura non es tenudo el menor, nin el que lo fió, en quanto montare el engaño: ante decimos que deue ser desfecho.*

Artículo 1316.—Los menores de edad no gozan del beneficio de la restitucion:

1.° En las causas criminales seguidas contra ellos con arreglo á lo que prescribe el Código penal (*a*).

2.° Cuando hubieren contratado fingiendo ser mayores de edad y así lo parecieren (*b*).

3.° Cuando, siendo mayores de catorce años, renunciaron bajo juramento el beneficio de la restitucion (*b*).

4.° Cuando fueron vencidos en pleito sobre restitucion, á no ser que apelen de la sentencia ó aleguen nuevas razones que deban ser oidas.

5.° Si se condujeron al celebrar el contrato como hubiera podido hacerlo un mayor de edad (*b*).

6.° En los pagos hechos al menor con intervencion del juez (*c*).

7.° En perjuício de tercero que no ha tenido parte en el contrato y que ha inscrito su derecho en el Registro de hipotecas (*d*).

8.° En los pleitos empezados en la menor edad y sentenciados despues de ella (*e*).

9.° Cuando por razon de nulidad de la sentencia dada contra el menor, no es menester emplear otro medio para rescindirla (*f*).

10. En los juícios en que conforme á derecho no há lugar á suplicacion ó nulidad de la sentencia (*g*).

11. En los demas casos en que así lo dispongan taxativamente las leyes civiles, mercantiles ó de procedimientos.

ORÍGENES

(*a*) Ley 4.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
(*b*) Ley 6.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Sent. del T. S. 27 Abril 1860.
(*c*) Ley 4.ª, tít. IV, Partida 5.ª
(*d*) Art. 38, Ley hipotecaria.
(*e*) Ley 2.ª, tít. XXV, Partida 3.ª
(*f*) Ley 1.ª, del mismo título y Partida.
(*g*) Ley 5.ª, tít. XIII, lib. XI, Nov. Rec.
Sent. 23 Junio 1847.
Sent. 1.° Mayo 1866.
Sent. 9 Julio 1847.

JURISPRUDENCIA

Sent. 11 Julio 1868.
Sent. 31 Marzo 1870.
Sent. 1.° Marzo 1875.

La restitucion *in integrum* por daños causados á menores no es de las contenidas en el art. 31 de la Ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 17 Setiembre 1857).

El remedio de la restitucion, como extraordinario, no tiene lugar cuando aún no son admisibles los ordinarios (Sent. 14 Enero y 4 Junio 1864, 12 Diciembre 1865, 9 Mayo 1866 y 11 Julio 1868).

La máxima de que no cabe privilegio contra el privilegio, cesa cuando se trata de evitar el daño que amenaza á los intereses del menor, ó de reparar el que por culpa de otro se le hubiere ya inferido (Sent. 20 Diciembre 1862).

Este beneficio solamente cesa en los casos marcados por las leyes, sin que la circunstancia de traer orígen de deudas por costas causa-

das en un procedimiento criminal produzca alteracion sustancial en cuanto á los casos en que procede (Sent. 12 Junio 1863).

La ley 1.ª, tít. XXV, Partida 3.ª, referente sólo á la restitucion concedida á los menores en los juicios, por las sentencias dadas en su daño ó perjuicio, no es extensiva á los actos extrajudiciales de que hablan especialmente otras leyes del mismo Código (Sent. 21 Enero 1865).

La restitucion del daño causado á los menores tiene lugar áun en los actos judiciales; cesado este privilegio, solamente en los casos marcados por las leyes, sin que la circunstancia de traer origen de costas causadas en proceso criminal produzca alteracion sustancial respecto al principio consignado (Sent. 12 Junio 1863).

COMENTARIO

Del mismo modo que las leyes establecen cuándo procede el beneficio de restitucion, determinan los casos en que ésta cesa, señalados en el artículo.

Dispone la ley 4.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, que no pueden usar de la restitucion en las causas criminales el mayor de catorce años, acusado de adulterio, y el que cumplió los diez años y medio en otra clase de delitos, *porque mozo de tal tiempo tenemos que es mal sabido, é que entiende estos males cuando los face. Pero non les pueden dar tan grand pena como á los mayores.*

Esta ley, sin embargo, ha perdido casi toda su fuerza por haber pasado á ser su disposicion objeto del Código penal; de manera que segun éste, sólo se hallan exentos de responsabilidad criminal por razon de edad los menores hasta los nueve años, y hasta los quince cuando á juicio del Tribunal no hayan procedido con discernimiento.

No puede pedir restitucion el menor si, procediendo con engaño, dijere al contratar que era mayor de edad y así lo pareciere; circunstancia necesaria que exige la ley para desatar el pleito, *porque las leyes ayudan á los engañados é non á los engañadores.* La prueba de estas circunstancias es, como bien se comprende, difícil, y por esto, como único dato que en esta materia puede tenerse presente, diremos que el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, ha declarado válidas las ventas de bienes raíces hechas por menores de edad cuando fingen ser mayores de veinticinco años, y por las circunstancias de estar próximos á su edad, ser casados y tener la administracion de sus bienes, ú otras especiales que en los mismos concurran, puedan creer los que intervienen en el contráto que son mayores de edad.

Cesa tambien la restitucion *cuando el mozo fuere mayor de catorce años, é jurase que la vendida, ó el pleito, ó la postura que facia con otri non la desataria por razon de menor edad. Ca despues que asi oviese jurado, debe ser guardada su jura* (Ley 6.ª). Esta disposicion no hacemos más que citarla, porque ha caido hoy en desuso.

No ofrece ningun género de duda el que los menores vencidos en el pleito de restitucion *por no ser assi como querellaba*, no pueden ejercitarla, *fueras si apelase de aquella sentencia ó si mostrase razones nuevas, atales gelas desbiesen recibir*, pues como bien se comprende, si cesa la restitucion una vez consentida la sentencia que en virtud de las pruebas la negó, no puede decirse lo mismo cuando por apelacion ó por aducirse nuevas causas, que es á lo que la ley se refiere al decir *razones nuevas*, es fácil salga triunfante el menor.

Cuando el menor hubiere obrado como *todo ome de edad cumplida* al celebrar el contrato, no puede darse por engañado ni pedir la restitucion, porque como la misma ley 6.ª dice, relevándonos de buscar otras razones, «ha de probar dos cosas: la primera su menor edad á la sazon que fizo el pleito ó postura; la segunda que lo fizo á daño é menoscabo de sí;» y en el caso presente no cabe esta prueba.

No puede tampoco aducirse cuando el pago hecho por un extraño al menor se verificó con intervencion del juez, pues en este caso, por no ser fácil que aquél sufra daño ó perjuicio, sinó es por su culpa dilapidando lo que reciba, declara firme la ley el pago, y excluye el beneficio de restitucion.

El principio general establecido como una de las bases principales de la Ley hipotecaria, á saber, que los títulos que han dejado de inscribirse en el Registro de la Propiedad no perjudican á tercero, ha sido el que ha ocasionado grandes reformas en muchos puntos del antiguo derecho, y entre ellas ha tocado tambien á la materia que nos ocupa; porque á no violarse el principio dicho, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio las acciones rescisorias y resolutorias, cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro, y por este mismo motivo niega la ley el beneficio de la restitucion *in integrum* contra tercero que no intervino en el contrato é inscribió su derecho en el Registro

de la Propiedad; con lo cual, á la par que afianza más el crédito de los menores, facilitando la contratacion con ellos, impide el abuso de los múltiples beneficios á ellos concedidos, sin negarles la proteccion prudente y adecuada que necesitan.

En los pleitos comenzados durante la menor edad y sentenciados despues, no cabe tampoco la restitucion, porque ya falta la razon fundamental de este remedio extraordinario y puede el menor defenderse en juicio por sí. Esto sin embargo, no quita el que pueda apelar de la sentencia.

El último párrafo de la ley no necesita explicacion, porque contra las sentencias nulas no cabe rescision: lo que es nulo lo es desde el principio, y no puede ser rescindido.

El silencio guardado por la Pragmática de Felipe II de 1565, ó sea la ley 2.ª, tít. XVIII, libro XI, Nov. Rec., sobre la improcedencia del beneficio de restitucion *in integrum* en los juicios en que no hubiese lugar á entablar el recurso de nulidad ó la suplicacion, produjo algunas dudas, desvanecidas en tiempo de Felipe III, que al dictar la Pragmática de 1615 (ley 5.ª, tít. XIII, lib. XI), quitó dicho beneficio en el caso mencionado, y despues ha sido nuevamente confirmada esta doctrina en algunas sentencias del Tribunal Supremo citadas en los orígenes.

Algunos casos más en que cesa la restitucion presentan los autores, de los que no hacemos mérito, porque tanto sobre ellos como sobre otras cuestiones igualmente suscitadas con motivo de lo prescrito en el art. 31 de la ley de Enjuiciamiento civil, han recaído algunos fallos del Tribunal Supremo, que pueden verse en la jurisprudencia. De otros nos ocuparemos oportunamente.

Artículo 1317.—El beneficio de restitucion debe pedirse ante juez competente, y solamente puede ejercitarse miéntras dure la menor edad, y cuatro años despues de terminada.

Tambien pueden ejercitarlo en este plazo los herederos del menor.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Sent. T. S. 9 Mayo 1862.
Sent. 28 Abril 1866.

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 7.ª, tít. LIII, lib. II, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Octubre 1865.
Sent. 16 Febrero 1871.

La accion restitutoria que compete al menor debe ejercitarse en el juicio especial de restitucion (Sent. 2 Junio 1858).

Reclamado en tiempo y forma, procede el beneficio de restitucion, sin que obste la excepcion de cosa juzgada (Sent. 28 Junio 1861).

El beneficio de restitucion no se extiende á más que al cuadrienio legal, y no puede aplicarse cuando se deduce por nulidad de un contrato que no tiene las condiciones esenciales, y no por daño sufrido por culpa del guardador, por causa de menor edad ó engaño de otro (Sent. 18 Setiembre 1862).

Para que los menores puedan aprovechar el beneficio de restitucion, es necesario que lo utilicen dentro del cuadrienio legal (Sent. 28 Abril 1865).

La menor que deja pasar el término legal para pedir la rescision de un contrato que le perjudica, no puede despues reclamar porque haya habido lesion (Sent. 28 Enero 1866).

COMENTARIO

Dos partes contiene la ley 8.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, orígen de este artículo: la primera relativa al modo de pedir la restitucion, y la segunda al tiempo en que puede ejercitarse. Respecto á aquélla, nos limitamos á decir que debe reclamarse ante juez competente.

Sabemos cuál es el objeto de este beneficio, por qué causas se puede pedir, y cuáles son sus efectos; pues bien, veamos qué tiempo ha sido el marcado por el legislador para ejercitarla, con el fin de poderlo hacer eficaz.

Este tiempo es el de la menor edad, y cuatro años despues, suficiente para que el menor, libre de guardadores y pudiendo manejarse por sí, se entere del estado de sus bienes y de los daños que haya podido sufrir. Durante este tiempo pueden tambien los herederos pedir la restitucion, porque, como dice Gomez, el que «se extinga un privilegio personal con la persona, acontece en el caso de que se conceda principal é inmediatamente por razon de la persona, y no se verifica concediéndose por consideracion de ella y de alguna lesion ó fragilidad, como sucede en el menor.»

Artículo 1318.—La prescripcion ordinaria no corre contra los menores. Cuando hubiere comenzado á correr en su causante, esto es, ántes de haber nacido el menor ó ántes de heredar los bienes en los cuales al ejercitaba, pueden usar del beneficio de la restitucion por el tiempo trascurrido durante su menor edad.

La prescripcion extraordinaria corre contra los menores, mas éstos pueden usar del beneficio de restitucion.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 11 Marzo 1864.

Segun la ley 9.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, perjudica á los menores la prescripcion que tuvo principio ántes de su nacimiento (Sent. 25 Noviembre 1864).

La prescripcion corre contra los menores cuando no han pedido restitucion del tiempo correspondiente á su menor edad (Sent. 1.º Mayo 1861).

Contra los constituídos en la menor edad no corre el tiempo de la prescripcion ordinaria (Sent. 9 Mayo 1867).

COMENTARIO

Por la ley 9.ª se halla concedido el beneficio de restitucion á favor del menor contra la prescripcion ejercitada en sus bienes por otra persona; pero debe distinguirse, segun hace la ley, la prescripcion ordinaria, ó sea la que no excede de veinte años, de la extraordinaria, que pasa de los treinta.

La primera no corre contra los menores, y si hubiera empezado á ejercitarse ántes de haber nacido éstos ó ántes de heredar los bienes que eran objeto de la prescripcion, *estonce bien correria contra ellos, é empescerlas y an;* pero les queda á salvo el beneficio para reclamar restitucion del tiempo que corrió contra ellos durante la menor edad.

La prescripcion extraordinaria corre contra el menor en todo caso, mas tiene igualmente á su favor el beneficio, que puede emplear durante la menor edad y cuatro años despues.

Artículo 1319.—El Estado, las Iglesias y Concejos sólo podrán ejercitar el beneficio de restitucion en favor de sus bienes durante el plazo de cuatro años, contado desde el dia que sufrieron el daño. Si éste excediese de la mitad del precio, el plazo se extenderá á treinta años.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XIX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Setiembre 1872.

Artículo 1320.—El mismo tiempo de cuatro años tendrán los que se hallen cautivos ó ausentes y sus herederos para reclamar la restitucion contra la prescripcion empezada en su ausencia y contra la venta de la cosa dada en prenda, siempre que prueben el daño causado por tal venta y paguen la deuda de que respondía el objeto empeñado.

El tiempo señalado en el párrafo anterior deberá contarse desde que cesare la ausencia.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 47, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

La misma razon que milita á favor de los menores para otorgarles el beneficio de restitucion, existe en otras personas que áun siendo mayores, pueden con derecho ejercitarlo.

Tal sucede con los cautivos, ausentes y sus herederos durante el cuadrienio legal. No se trata aquí de obtener un lucro, sinó de reparar un daño como en los casos de los menores y corporaciones citadas, por cuyo motivo justo se les concede derecho para reclamar restitucion de la prescripcion principiada en sus bienes durante su ausencia.

Por la misma razon concede la ley 47, título XIII, Partida 5.ª, al ausente el derecho de reclamar lo que dió en prenda si por haber sido vendida se le causó daño, debiendo para ello probar éste y pagar la deuda por la que estaba la cosa empeñada.

Artículo 1321.—El beneficio de restitucion concedido á los menores contra los juicios que les sean dañosos tiene lugar lo mismo en los fallados contra ellos estando sus

guardadores delante, que en los seguidos por éstos en ausencia de los menores.

Es nula la sentencia dada contra los menores en pleitos seguidos por ellos sin asistencia del guardador.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXV, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 1.ª y 4.ª, tít. XXVII, lib. II, Cod. Romano.

JURISPRUDENCIA

El beneficio de restitucion en asuntos judiciales se ha de interponer tambien dentro del cuadrienio legal (Sent. 29 Abril 1867).

Dicho beneficio se basa en el perjuício irrogado al menor por falta de representacion legal ó por otro motivo (Sent. 30 Octubre 1865).

La ley 1.ª, tít. XIII, lib. XI, Nov. Rec., que declara que la restitucion *in integrum* no se concede más que una vez y ántes de concluso el pleito en primera instancia, no es aplicable al pleito, en el cual no se concede restitucion, sinó que se declara la nulidad de la prueba practicada por vicios insubsanables, y se abre de nuevo el pleito á prueba, sin cuyo trámite no podia decidirse, ni la infraccion de la misma daría lugar á un recurso de casacion en el fondo, siendo ella de pura tramitacion (Sentencia 31 Enero 1876).

COMENTARIO

La ley aplica á los juícios y pleitos el beneficio de restitucion del mismo modo que deja establecido en los contratos y actos llevados á cabo por los menores con daño para sí, bien producido por su inexperiencia, por culpa del guardador ó de otras personas.

Cuando el juicio fuere desfavorable ó perjudicial al menor por yerro cometido en el mismo, puede su guardador ó abogado demandar la restitucion, *razonar el pleito como de primero é razonar los yerros fechos*, lo mismo en los pleitos fallados contra el menor estando sus guardadores delante, que los seguidos por éstos por ausencia de aquél y en su representacion.

Con arreglo al último párrafo de la ley y del artículo, es inoportuno y no produce el beneficio cuando el pleito es fallado contra el menor sin estar su guardador delante, porque en este caso es nula la sentencia, y no cabe rescindir lo que es nulo, segun hemos dicho en otro lugar.

Artículo 1322.—Pueden demandar la restitucion en los juícios los guardadores, los menores con asentimiento de ellos y sus procuradores con poder especial.

Debe ser emplazado el colitigante, á quien tambien aprovechará los efectos de la restitucion para razonar su defensa.

Durante el pleito seguido sobre aquélla, no puede hacerse novedad alguna en él.

Solamente puede intentarse la restitucion en los juícios fallados durante la menor edad.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXV, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 24, párr. 4.º; 25, párrafo 1.º; 3.ª, párr. 1.º, tít. IV, lib. IV, Digesto, única, tít. L; 1.ª, tít. XXVII, lib. II, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Diciembre 1873.

COMENTARIO

Ninguna dificultad ofrece lo dispuesto en este artículo. Segun su primer párrafo pueden demandar la restitucion en los juícios el guardador, el menor con asentimiento de él, y su procurador con poder especial, de acuerdo en todo con el Derecho Romano, que estableció la misma doctrina.

Al colitigante que debe ser emplazado le aprovechan, por razon de igualdad en la defensa, los efectos de la restitucion; de manera que para ambas partes se vuelve el pleito al sér que tenía ántes del daño causado al menor, y es claro que durante su sustanciacion no cabe hacer novedad alguna en él.

En artículos anteriores dejamos dicho que no procede la restitucion contra las sentencias dictadas pasada la menor edad, aunque los pleitos hubieren empezado en ese período; pues bien: el último párrafo de este artículo viene á ser el complemento de esta doctrina; solamente contra las sentencias pronunciadas durante la menor edad puede demandarse la restitucion; en otro caso no cabe el hacerlo, porque el mayor de edad ya tiene discernimiento para defenderse por sí.

§ III

De la rescision de las obligaciones á instancia de los acreedores.

Artículo 1323.—Las donaciones, mandas y enajenaciones otorgadas por un deudor despues de ser condenado en juício, en fraude y con perjuício de sus acreedores, deben ser rescindidas á instancia de éstos en el plazo de un año, contado desde que tuvieron noticia del fraude, y en los términos que se expresa en los artículos siguientes.

ORÍGENES

Leyes 7.ª y 8.ª, tít. XV, Partida 5.ª
Art. 37, Ley hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 6.ª y 10, párr. 1.º, tít. VIII; 8.ª, párr. 1.º, tít. V, lib. XLII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 10 Noviembre 1864.
Sent. 11 Febrero 1875.
Sent. 21 Noviembre 1878.
Sent. 31 Diciembre 1878.

Un acreedor no puede reclamar contra la enajenacion que hace de sus bienes un deudor en fraude suyo, cuando anteriormente ha convenido con éste en dicha enajenacion (Sentencia 4 Febrero 1865).

La cesion en fraude y en perjuício de acreedores con pleno conocimiento de serlo así, no envuelve derecho alguno á favor del cesionario (Sent. 7 Enero 1866).

No tiene aplicacion la ley 7.ª, tít. XV, Partida 5.ª, cuando no se formula directamente la demanda rescisoria á que dicha ley se refiere, ni se formaliza la peticion de nulidad por via de excepcion ó reconvencion; y mucho ménos no tratándose de un deudor que haya sido condenado en juício al pago de sus deudas, y que despues haya enajenado sus bienes (Sentencia 1.º Octubre 1869).

Al desestimarse una demanda de terceria de dominio y apreciarse por la Sala sentenciadora, en vista de las pruebas practicadas, que la enajenacion fué hecha en fraude de acreedores, la sentencia, aplicando rectamente la ley 7.ª, título XV, Partida 5.ª, no infringe esta ley (Sentencia 5 Octubre 1870).

La ley 7.ª, tít. XV, Partida 5.ª, exige para la renovacion de las enajenaciones de los deudores en perjuício de los acreedores, que sean de todos los bienes y hechas despues que los primeros han sido condenados en juício al pago de sus deudas; porque el que todo lo suyo enajena de esta manera, da á entender que lo hace maliciosamente ó con engaño (Sent. 6 Noviembre 1873, 22 Junio 1874, 12 Enero 1874).

Dicha ley se ha modificado por el art. 34 de la Ley hipotecaria, en que se dispone que los contratos que se otorgasen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidan en cuanto á tercero, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no resulten claramente del mismo registro (Sents. 6 Noviembre 1873 y 11 Febrero 1875).

COMENTARIO

No podía consentir la ley que por razon de engaño ó fraude se considerara válido un contrato con perjuício de los derechos adquiridos por otras personas, y por este motivo declara procedentes la rescision de todos aquellos actos ó contratos llevados á cabo por un deudor despues de haber sido condenado al pago de sus deudas, pues como dice la ley 7.ª, tít. XV de la Partida 5.ª, *se da á entender que pues que todo lo suyo enajena desta manera, que lo face maliciosamente é con engaño.*

El plazo durante el cual pueden reclamar los acreedores la rescision de las ventas hechas en su perjuício es el de año, contado desde que tuvieron noticia del fraude.

La Ley hipotecaria en su art. 37, sanciona igualmente esta doctrina al declarar que «las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores» se hallan exceptuadas de la regla segun la cual «las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en la ley.

Artículo 1324.—La remision de la deuda y las enajenaciones á título oneroso pueden ser rescindidas siempre que se pruebe el fraude, que al enajenante no le queden bienes para pagar sus deudas, y que el adquirente no ignore el engaño.

Si el adquirente fuese huérfano, no se le podrá despojar de la cosa sin pagar lo que por ella dió, aunque fuera sabedor del fraude.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, 8.ª y 12, tít. XV, Partida 5.ª
Arts. 37 y 41, Ley hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con la ley 10, párr. 2.°, tít. VIII, lib. XLII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Marzo 1863.
Sent. 6 Marzo 1874.
Sent. 11 Febrero 1875.
Sent. 13 Marzo 1875.
Sent. 14 Abril 1877.

La cuestion de si en una enajenacion de bienes concurrieron ó no las circunstancias y requisitos necesarios para estimar que fué realizada en fraude de acreedores, es de puro hecho, y su resolucion corresponde exclusivamente á la Sala sentenciadora, miéntras no se alegue y demuestre infraccion de ley ó de doctrina legal (Sent. 4 Noviembre 1876).

Si la Sala ha formado su juicio respecto del carácter fraudulento de la expresada venta, en vista de las pruebas documental y testifical, no infringe la ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, ni el art. 279 de la de Enjuiciamiento civil, que sólo se concretan á numerar los distintos medios de prueba (Sent. id. id., id.).

Para la revocabilidad de una venta de bienes hecha con las formalidades legales bajo el concepto de haberse verificado en fraude de acreedores legítimos, deben éstos justificar que por tal enajenacion el deudor se constituyó en insolvencia (Sent. 11 Mayo 1863).

Aunque el comprador de la finca enajenada en fraude de acreedores inscribiese su título en el Registro de la Propiedad, esta inscripcion está comprendida entre las que se deben anular por conceptuarse el adquirente cómplice en el fraude en el art. 41, en relacion con el 37 y 39 de la Ley hipotecaria, puesto que la adquisicion se hizo en mucho ménos de la mitad del justo precio; y al no estimarlo así la Sala sentenciadora, infringe la ley 7.ª, tít. XV, Partida 5.ª, y los arts. 37, 39 y 41 de la Ley hipotecaria (Sent. 11 Marzo 1878).

COMENTARIO

Para que la rescision de la quita y enajenaciones fraudulentas pueda tener lugar, son precisas, segun el párrafo 1.° del artículo, tres circunstancias: 1.ª, que al cedente no le queden bienes para pagar sus deudas; 2.ª, que le pruebe el fraude; y 3.ª, que el adquirente tuviere noticia de él, ya por habérselo avisado el acreedor, ó por otro medio semejante. Si hubiere bienes con que hacer efectivo su crédito el acreedor, ó no medió fraude, falta el motivo para la rescision, y si el adquirente no tuviere noticia del engaño, no es justo que pierda lo que con justo título y buena fe adquirió.

El art. 37 de la Ley hipotecaria apoya esta doctrina, y el 41 la corrobora, segun tendremos ocasion de estudiar cuando nos ocupemos de la forma y efectos de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

La ley de Partidas introduce una excepcion á favor del huérfano por beneficio de restitucion, y consiste en que no se le puede despojar de lo que otro le hubiera dado ó vendido, aunque conociere el fraude con que obró el cedente.

La ley 12 del mismo título y Partida hace extensiva la doctrina del artículo al caso de quita ó remision fraudulenta.

Artículo 1325.—Las enajenaciones á título gratuito podrán rescindirse dentro del plazo marcado, probando el fraude, aunque éste sea ignorado por el adquirente.

Se entenderá enajenacion á título gratuito en fraude de acreedores, para los efectos del párrafo anterior, no solamente lo que se haga por donacion ó cesion de derecho, sinó tambien cualquiera enajenacion, constitucion ó renuncia de derecho real que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes y las de comercio en su caso, para la revocacion de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente ú obligacion preexistente y ya vencida.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XV, Partida 5.ª
Arts. 37 y 39, Ley hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte con las leyes 8.ª y 11, tít. VIII, lib. XLII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Noviembre 1878.

No tienen aplicacion las leyes relativas á la enajenacion en fraude de acreedores, respecto á la donacion hecha por el deudor, cuando no se prueba que la donacion fuese universal, quedando por ello insolvente el donante, y cuando, léjos de ser gratuita la donacion, se establecieron obligaciones determinadas del donatario para con el donante y en favor de terceros (Sent. 1.° Octubre 1869).

COMENTARIO

No dispone la ley lo mismo en el caso de ser la enajenacion fraudulenta hecha á título oneroso que á título gratuito, pues si en la primera el adquirente que ignora el fraude es acreedor á que la ley le respete su derecho adquirido; en la segunda, áun ignorándolo, se rescinde la enajenacion, porque ningun trabajo ni desembolso costó adquirir al tercer contratante en éste caso el objeto ó cosa fraudulentamente entregada, y por esto la ley de Partida, confirmada por el art. 37 de la Ley hipotecaria, juntamente con el 39, que determina lo que debe entenderse por enajenacion á título gratuito, declaran procedente la rescision de las enajenaciones á título lucrativo con sólo probar el fraude del que las otorgó, áun cuando lo ignorase el adquirente.

Artículo 1326.—El acreedor que preferentemente recibe lo que se le debe, aunque sepa la insolvencia en que queda su deudor para pagar á los demás acreedores, no se hace culpable de fraude ni está obligado á devolver lo recibido para que se cobren éstos, siempre que dicho pago se hubiere verificado ántes de la cesion de bienes hecha por el deudor, ó de trabarse ejecucion contra él.

En el caso contrario debe restituír lo recibido para ser repartido entre todos los acreedores.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 24 y 6.ª, párr. 7.°, título VIII, lib. XLII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Marzo 1863.

COMENTARIO

La ley confirma como válido el pago hecho por el deudor á uno de sus acreedores, bien por tenerle más aprecio que á los demás, bien por otra causa, siempre que lo haga ántes de la cesion de bienes ó de trabarse ejecucion contra él, áun cuando el acreedor favorecido no ignore la insolvencia en que aquél queda para pagar á sus deudores. La razon de esto es muy sencilla: miéntras la enajenacion ó pago se verifiquen ántes de los casos dichos, no puede haber fraude, y faltando éste, falta una de las condiciones necesarias para que aquellos actos se consideren rescindibles por fraudulentos. En su consecuencia, el acreedor que hizo efectivo su crédito de este modo, ni es culpable de engaño, porque éste no existe, ni está obligado á devolver lo recibido para que se cobren los demás acreedores.

Ahora bien; si el pago ó enajenacion se hubieren verificado despues de la cesion de bienes hecha por el deudor, ó despues de haber sido ejecutado por razon de sus deudas, la existencia del fraude en aquellos actos da lugar á su rescision y obliga el acreedor á devolver lo recibido, para que se reparta convenientemente entre todos los acreedores el haber del deudor.

Artículo 1327. — Tampoco se entiende que defrauda á los demás acreedores el que, persiguiendo y alcanzando al deudor que huye, cobra lo que éste debe, aunque no le queden bienes para pagar á los otros. Si tomase aquél más bienes de los necesarios para el cobro de lo suyo, deberá entregarlos á los demás acreedores.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XV, Partida 5.ª
Ley 12, tít. XX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

A las razones alegadas en el artículo ante-

rior al probar por qué no se considera fraudulento el pago hecho á un acreedor ántes de la cesion de bienes, puede añadirse el premio ó derecho concedido por esta ley á la diligencia, y tendremos hecho comentario del presente artículo. En efecto; tanto las Partidas como el Fuero Real conceden al acreedor que persigue y alcanza al deudor que huye por no pagar las deudas, el derecho de cobrar su crédito preferentemente, pues á la razon de la diligencia puesta por dicho acreedor en el cuidado de sus intereses, debe añadirse la de que no habiendo el deudor desamparado todavía sus bienes para pago de acreedores, no hay lugar á la rescision de lo que aquél recibió, y por tanto no está obligado á devolver de los bienes tomados al deudor huido más que los sobrantes, despues de haberse cobrado su crédito.

Artículo 1328.—Declarada la rescision, debe el adquirente devolver la cosa enajenada en el mismo estado y con los frutos que tenía ántes de su enajenacion, y con los demás producidos desde el día de su demanda en juicio hasta el de la sentencia contra el poseedor, deduciendo éste los gastos hechos por razon de los frutos ó por mejora de cosa.

Los frutos que la cosa hubiere producido desde la enajenacion á la demanda, son del que la adquirió.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 1.ª, párr. 1.º 2.º, 10, párrafo 22, 14, tít. VIII, lib. XXII, Digesto; párrafo 6.º, tít. VI, lib. IV, Instituta.

COMENTARIO

Para la rescision se deshace el contrato otorgado por el deudor y tiene el adquirente que devolver la cosa objeto del mismo con los frutos; pero deben distinguirse éstos, porque si bien la ley no consiente las enajenaciones fraudulentas tampoco permite que por su rescision salga el tercer contratante enriquecido ni perjudicado.

Para ello deben tenerse en cuenta tres tiempos: el anterior á la enajenacion, el que medió entre ésta y la demanda de su rescision, y el que corrió desde ésta hasta la sentencia. Los frutos existentes con la cosa en el primer tiempo deben devolverse con ella, porque el efecto de la rescision consiste en que las cosas se vuelvan al sér y estado que tenían ántes y se faltaría á ello si no se devolviesen tales frutos.

Los producidos desde la celebracion del contrato hasta el día en que se demandó su rescision pertenecen al adquirente, porque éste usó y disfrutó de la cosa con el pleno derecho que le daba un justo título. Pero desde el día de la demanda dejó de ser dueño, y los frutos desde entónces producidos seguían la condicion de la cosa, debiendo ser, por tanto, devueltos con ella.

Ahora bien; el adquirente podía haber hecho gastos en la produccion de los frutos correspondientes á los tiempos y períodos primero y tercero, ó en mejorar la cosa, y es muy justo se cobren tales gastos con el valor de las mejoras, para que de este modo, sin perjudicarle en sus intereses, sin dejar por otro lado que obtenga lucro, pueda devolverse la cosa enajenada, conforme lo exigen las reglas y efectos de la rescision.

SECCION UNDÉCIMA

DE LA PRESCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1329.—Se extinguen las obligaciones por medio de la prescripcion, con arreglo á lo determinado en el tít. XXVII de este libro.

ORÍGENES

Ley 22, **tít.** XXIX, **Partida** 3.ª

Ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

COMENTARIO

Es materia ésta que, segun se indica en el artículo, tiene lugar señalado para su explicacion; pero es tambien un modo de extinguirse las obligaciones, y no podíamos pasar sin mencionarla.

SECCION DUODÉCIMA

DE LA CONDICION RESOLUTORIA

Artículo 1330.—Se extinguen las obligaciones por cumplimiento de la condicion resolutoria puesta en ellas, volviendo las cosas al estado que ántes tenían, con arreglo á lo determinado en el cap. IV, seccion segunda de este título.

ORÍGENES

Leyes 38 **y** 40, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda, en cuanto á la obligacion de reparar las pérdidas y deterioros de la cosa, la ley 4.ª, tít. III, lib. XVIII, Digesto.

COMENTARIO

El efecto principal de toda condicion resolutoria es la extincion del contrato en que es puesta, porque dependiendo éste del cumplimiento de ella, una vez que tenga lugar, deja de existir la obligacion.

Anteriormente dejamos explicado lo que es condicion, sus especies, sus requisitos y sus efectos. Hemos visto que el de la condicion resolutoria es la devolucion de la cosa objeto del contrato con todos sus frutos, y no debemos volver á repetir lo ya dicho.

CAPÍTULO VI

DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Artículo 1331.—La nulidad de la obligacion principal, del mismo modo que se prescribe en el art. 1310, produce la de las accesorias.

ORÍGENES

Ley 56, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Nuestra legislacion, lo mismo que la de Roma, confunde los efectos de la rescision con los de la nulidad de las obligaciones. Esta es la causa de que veamos en las leyes citada la doctrina de este artículo como aplicable á uno y otro caso, por lo cual nos remitimos á lo dicho anteriormente.

Lo que sí debemos hacer notar es que en el presente capítulo sólo estudiamos de los efectos de la declaracion de nulidad, sin tratar de ésta separadamente, como hace el Proyecto de Código, porque al señalar los requisitos esenciales de los contratos dejamos ya consignado cuándo y cómo los vicios de que adolecen los primeros producen la nulidad de los segundos.

Artículo 1332.—Declarada la nulidad de una obligacion, los contratantes deben restituírse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXV, Partida 3.ª

COMENTARIO

Siendo iguales la nulidad y la rescision en cuanto á los efectos, en este artículo se dispone para la primera lo que para la segunda se deja ya dicho y explicado en el 1313, al que nos remitimos.

Artículo 1333.—Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa ó la materia del contrato, si la torpeza constituyere un delito ó falta comun á ambos contrayentes, carecerán de toda accion entre sí para reclamarse recíprocamente lo entregado ó el cumplimiento de lo prometido, y se procederá contra ellos, observándose, respecto á las cosas ó precio que hubiesen sido materia del contrato, lo dispuesto en el Código penal, así como lo prevenido en el mismo acerca de los efectos ó instrumentos del delito ó falta (1).

Esta disposicion es aplicable al caso en que sólo hubiere delito ó falta de parte de uno de los contrayentes, en lo que respecta al mismo; pero el inocente podrá reclamar lo que hubiere dado, y no estará obligado á cumplir lo que hubiere prometido.

Lo mismo se observará en cuanto á los efectos civiles, cuando la causa del contrato, aunque ilícita ó torpe, no constituye delito.

ORÍGENES

Leyes 47 á la 54, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con los títulos V, tít. XII, Digesto, y VII, lib. IV, Cód. Romano.

COMENTARIO

La doctrina de este artículo, contenida en varias leyes del tít. XIV, Partida 5.ª, es clara y de sencilla aplicacion. Con uno de los muchos ejemplos citados por dichas leyes basta para entender perfectamente lo que éstas han establecido en varios casos, que pueden reducirse á uno solo.

«A sabiendas casando de 10 uno, seyendo sabidores, tambien el varon como la mujer, que avia entre ellos embargo atal, que segund derecho non podrian casar, si cada uno dellos

(1) Arts. 63 y 404 del mismo.

diese al otro alguna cosa por dote ó por arras, é se partiesse el casamiento por razon que era fecho contra derecho, decimos que estonce non puede ninguno dellos demandar al otro, lo que le dió por tal razon como esta, nin lo debe cobrar porque viene la torpedad de amas las partes.» (Ley 51.)

«Sabiendo alguna mujer que non podria casar con algun ome, con quien oviese pleito de casamiento, porque fuese su pariente..... ó por otra razon semejante destas, que fuesse atal, que segun derecho non pudiesse con él casar; é non seyendo el sabidor, que avía entrellos algun embargo, casasse con ella, si le diesse alguna cosa por dote, maguer el casamiento se partiesse por esta razon, non podria ella demandar aquello que le oviesse dado por dote, nin seria el tenudo de gelo tornar; porque face ella muy grand torpedad...» (Ley 50.)

Lo mismo disponen las demas leyes cuando la *torpedad* proviene por razon de miedo, deshonestidad, por encubrir un delito, etc.: la ley castiga al culpable, y cuando ambas partes contratantes lo fueren, les niega el derecho de reclamar entre sí lo entregado y el cumplimiento de lo prometido mediante causa ilícita.

Si ésta constituyere delito, caen en comiso las dádivas y cuanto hubiere sido objeto del contrato, segun dispone el Código penal en los artículos referentes á los instrumentos y efectos empleados en la comision del delito ó falta.

Cuando uno de los contratantes fuere sólo culpable, el inocente puede reclamarle lo entregado, sin tener obligacion de cumplir tambien lo prometido.

Para los efectos de las leyes civiles, lo mismo es que la causa ilícita constituya ó no delito, siempre estará obligado el culpable á entregar lo que recibió sin poder reclamar el cumplimiento de lo que se le prometió; y si fueren ambos contratantes los culpables, á uno y otro es aplicable esta doctrina.

CAPÍTULO VII

DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1334.—Se entiende por prueba la averiguacion que se hace en juício de alguna cosa dudosa.

La prueba incumbe al demandante cuando el demandado niega los hechos.

El demandado sólo debe probar las excepciones que alegue.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIV, Partida 3.ª

Ley 2.ª, tít. VIII, lib. II, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte, en cuanto al fondo, con: Arts. 1315, Cód. Francia.—1902 Holanda.—1312 Italia.—972 Vaud.—1067 Neufchatel.—2229 Luisiana.—1353 Bolivia.—1408 Cerdeña.—Leyes 1.ª, tít. XIX, lib. IV, Código Romano. 1.ª, 2.ª, 9.ª y 19, tít. III, lib. XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 18 Noviembre 1867.

Sent. 17 Junio 1871.

La prueba no incumbe al que niega sinó al que afirma un hecho ó tacha de vicioso un documento (Sent. 22 Enero 1849, 1.º Febrero 1862, 2 Julio 1868).

Si bien las leyes 119, tít. XVIII, y 32, título XVI, Partida 3.ª, 1.ª, tít. VIII, lib. II, Fuero Real y 1.ª, tít. XI, Partida 4.ª, establecen el valor de algunas probanzas, no excluyen el que á otras se atribuye (Sent. 19 Octubre 1853).

La prueba incumbe siempre al demandante y no al demandado, segun la ley 1.ª, tít. XIV,

Partida 3.ª, Sent. 28 Junio 1858, 12 Diciembre 1859, 14 Junio 1869, 14 Marzo y 30 Abril 1870.

Esta ley establece que corresponde la prueba al demandante, cuando la otra parte le negare la demanda, y que si no la diese, se debe dar por quito al demandado de la cosa que no fué probada contra él (Sents. 21 Noviembre 1859, 17 Junio 1864, 13 Marzo 1866, 19 Noviembre 1866, 9 Abril 1870, 21 y 23 Febrero 1871 y 25 Setiembre 1875).

Aunque el demandante deba probar su accion, incumbe tambien al demandado probar sus excepciones (Sent. 16 Diciembre 1859, 28 Junio 1860, 8 Junio 1866, 21 Noviembre 1874, 18 Noviembre 1876).

Para que tenga aplicacion la doctrina legal de que la prueba del hecho incumbe al que lo afirma, y que aquél que lo confiesa con circunstancias que lo destruyen ó modifican, tiene asímismo obligacion de justificarlas, es indispensable que la confesion recaiga sobre el hecho fundamental orígen de la obligacion que se quiere hacer valer (Sents. 28 Diciembre 1860 y 8 Mayo 1873).

La ley 2.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, por la cual se establece que la parte que niega no está en general obligada á probar su negativa, es inaplicable al caso en que el hecho sobre que recae no aprovecha al objeto del que le niega (Sent. 7 Enero 1861).

Por regla general no corresponde á la parte demandada probar lo que niega, si no fuere en causas señaladas, segun dispone la ley 2.ª, título XIV, Partida 3.ª (Sent. 20 Enero 1863).

Cuando se ha practicado prueba por ambas partes litigantes, no puede decirse que por no haber probado su accion el demandante, debió absolverse al demandado, ni invocarse como infringida la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª (Sentencias 28 Abril 1863, 1.° Octubre 1870, 5 y 17 Junio y 5 Enero 1871, 4 Julio 1873, 1.° y 8 Julio y 14 Noviembre 1874, 14 Abril y 24 Diciembre 1875, 14 Octubre 1876, 14 Marzo 1877).

Si la Sala sentenciadora tiene por suficientemente probada una demanda contra cuya apreciacion no procede legalmente el recurso de casacion, no tiene aplicacion la ley 1.ª tít. XIV, Partida 3.ª, que declara á quién incumbe la prueba y que debe ser absuelto el demandado cuando no se justifica la demanda (Sents. 9 Mayo 1863, 21 Junio 1864, 24 Marzo 1865, 29 Abril 1865, 30 Junio 1865, 28 Setiembre 1865, 18 Febrero 1870, 12 Febrero 1874, 7 Junio y 2 Noviembre 1875 y 22 Febrero 1876).

Si ambas partes litigantes articulan y hacen prueba, no puede decirse despues que la sentencia ha infringido la doctrina de que *no probando el actor, debe ser condenado el demandado* (Sent. 30 Enero 1864, 4 Enero 1866, 1.° Julio 1870, 20 Abril 1871, 11 Julio 1873).

Si bien la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, establece *E naturalmente pertenece la prueba al demandador, cuando la otra parte negase la demanda, ó la cosa ó el fecho, sobre la pregunta que le face*, esta disposicion debe ponerse en armonía y conciliarse con la siguiente ley del mismo Código, que designa los casos en que el demandado excepcionando tiene que probar lo que afirma (Sents. 17 Mayo 1864, 12 Junio 1865, 12 Diciembre 1865, 14 Abril 1877, Sent. 13 Junio 1864, 3 Julio 1872, y 10 Diciembre 1877).

Es innecesaria la prueba sobre un hecho que tanto el actor como el demandado reconocen por cierto, admitiéndolo en sus respectivas alegaciones y defensas como fundamento de las mismas, porque la prueba, segun expresa la ley, ha de ser *averiguamiento que se face en juicio en razon de alguna cosa que es dubdosa* (Sents. 30 Junio 1865 y 26 Marzo 1872).

La relacion jurada de un litigante no constituye un medio legal de prueba (Sent. 7 Marzo 1867).

Aun suponiendo que una prueba sea mal apreciada, no puede considerarse infringida la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, porque en ella no se consignen reglas para hacer dichas apreciaciones (Sent. 23 Mayo 1867).

Habiéndose practicado prueba por el demandante, es inoportuno invocar el principio de que cuando el actor no prueba su demanda, debe ser absuelto el demandado (Sents. 3 Junio y 7 Octubre 1867, 29 Abril 1868, 7 Noviembre 1870, 10 Febrero 1875 y 12 Noviembre 1878).

La ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, se limita á definir qué cosa es prueba, y á quién incumbe hacerla (Sent. 19 Junio 1867).

La obligacion de probar que en las leyes de Partida se impone al demandante, se limita á los hechos sobre que ocurra duda ó que sean negados por el demandado (Sents. 31 Enero 1868 y 5 Junio 1872).

Al apreciar la Sala, en vista de la prueba practicada, que el demandante no ha probado su demanda, tal sentencia no puede infringir las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que determina á quién incumbe la prueba (Sents. 21 Diciembre 1868, 21 Febrero 1871, 8 Febrero 1873,

22 Febrero 1876, 19 Febrero 1876, 13 Julio 1876).

Cuando la Sala sentenciadora aprecia en conjunto el valor de todas las pruebas suministradas en el pleito, no se infringen las leyes de Partida referentes á la prueba (Sents. 28 Octubre 1871, 2 Noviembre 1871, 1.° Diciembre 1873, 12 Mayo 1875, 21 Enero 1878).

Habiendo estimado la Sala, en virtud de las pruebas practicadas, que el actor ha justificado la procedencia de su accion, carece de oportunidad la cita como infringidas de la doctrina legal que establece que al actor le es necesario probar las conclusiones de su demanda, y del principio legal segun el que hay que absolver al demandado si el actor no prueba su demanda (Sents. 7 Marzo 1874, 23 Febrero 1877 y 5 Junio 1877).

Es inoportuna la cita como infringida de la doctrina legal en virtud de la cual se establece que cuando la cuestion es de hecho, la resolucion debe basarse en el resultado de la prueba, y que si el demandado ha probado sus excepciones, *procede la absolucion de la instancia*, si la Sala sentenciadora, fundándose en ella, condena al demandado por no haber justificado sus excepciones, atendido el resultado de las pruebas (Sent. 27 Marzo 1874).

Para que proceda el recurso de casacion no basta suponer genéricamente infringidas las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, sobre la prueba, sinó que es indispensable expresar la causa de la infraccion, concretándola al pleito, porque sólo así puede conocerse si hay ó no quebrantamiento de ley (Sents. 23 Junio 1873, 21 Noviembre 1876).

Si bien es cierto que el demandado está obligado á probar los hechos en que se funda su defensa, esto se entiende cuando son afirmativos que puedan justificarse; lo cual no sucede cuando no sólo niega la deuda, sinó el título en virtud del cual el demandante se la reclama, por lo que á éste incumbe la prueba de su demanda (Sent. 30 Enero 1875).

La ley 2.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, preventiva de que nadie está obligado á probar lo que niega, sinó en los casos de excepcion que señala la misma ley, no se infringe cuando el demandante á quien incumbía la prueba de su accion no lo ha verificado, segun apreciacion del Tribunal sentenciador (Sent. 3 Febrero 1875).

Habiéndose practicado en un juicio por las partes prueba que se compone de documentos, peritos y testigos, y que la Sala sentenciadora, usando de las facultades que la competen, apreció en conjunto, no es permitido descomponerla al propósito de alegar infracciones en relacion al valor que pueda darse aislamente á uno de sus elementos, rompiendo la cohesion y la fuerza que mutuamente se prestan, sinó que es necesario, para que el recurso prospere en estos casos, demostrar que la Sala sentenciadora, al apreciar en conjunto esas pruebas, infringe ley ó doctrina legal (Sent. 14 Marzo 1876).

El que en juicio afirma un hecho que cede en provecho propio y en perjuicio ajeno, debe probar la verdad de su afirmacion (Sentencia 18 Abril 1877).

Las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que declaran «qué cosa es prueba y á quién incumbe darla,» y la regla de derecho de que no probando el actor debe ser absuelto el demandado, son inaplicables y no han podido ser infringidas, si se citan en el supuesto de no haberse probado lo que la sentencia aprecia como tal (Sent. 21 Mayo 1878).

COMENTARIO

Además de examinar las leyes, las condiciones de los contratos y los modos de extinguirse, determinan el modo de probarlos en juicio para hacer efectivo su cumplimiento. Esto es, pues, lo que ahora nos corresponde estudiar en el presente capítulo, para lo cual lo primero que debemos hacer, conforme á las leyes, es ver qué se entiende por prueba y á quién incumbe aducirla.

Averiguamiento que se face en juicio, en razon de alguna cosa que es dubdosa, entienden las Partidas por prueba: no necesita probarse lo que no ofrece duda.

De las divisiones que los comentaristas hacen de la prueba en plena y semi-plena, legal, moral y mixta no nos ocupamos, porque su estudio nos alejaría del que prácticamente debemos hacer, ateniéndonos solamente al derecho positivo.

La prueba, dice la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que incumbe al demandante cuando la otra parte negare la demanda, que el demandado no tiene obligacion de probar lo que niega, *porque non lo podria facer bien, assi como la cosa que non se puede mostrar, nin probar segund natura*, y que éste debe ser absuelto si no probare aquel su pretension.

Mas dice luégo la ley que si bien el demandado no puede probar lo que niega, hay casos señalados en las siguientes leyes en que tiene

que hacerlo; y de acuerdo con esta doctrina el Tribunal Supremo declara que la primera ley debe ponerse en armonía con la segunda que señala cuáles son aquellos casos; veámoslos, pues.

«Cosas señaladas son en que la parte que las niega es tenudo de dar prueba sobre ellas,» dice la ley 2.ª «E esto seria cuando alguno razonaba, é dice en juicio contra su contendor que non puede ser abogado, ó contra alguno que aduce por testigo que non lo puede ser; ó razona contra aquel que los oye que non debe ser su juez, porque la ley ó el derecho lo defiende. Ca sobre tales niegos ú otros semejantes tenuda es la parte que razona de lo probar, mostrando la ley ó el derecho que vieda que non puede ser abogado, ó testigo, ó juez, aquel ome contra quien lo razona. E otrosi el fecho ó la razon porque non lo puede ser...,» etc. «E otrosi decimos, que cuando alguno demanda en juicio erencia ó manda ó otra cosa que otro le oviese dejado en su testamento, é para probar esto mostrase carta que fuese valedera, é la otra parte respondiese que aquella carta non debe y ser cabida, porque el testador, á la sazon que la mandó facer, non era en su memoria. Ca tenudo es de lo probar, maguer ponga su razon en manera de niego. E esto tuvieron por bien los sabios antiguos, porque sospecharon que todo ome es cuerdo é en su memoria, fasta que se pruebe lo contrario...,» etc. «E otrosí decimos, que cuando el marido muere, é fallan dineros é ropa é otras cosas en poder de su mujer... é pedian los herederos aquellas cosas en nome del finado, si la mujer negare en juicio que aquellas cosas non eran de su marido, é las razonare por suyas... tenuda es de lo probar... E esto tovieron por bien los sabios antiguos, porque sospecharon que toda cosa que fallasen en poder de la mujer, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrase lo contrario...»

Por el enunciado de la ley se viene en conocimiento de que sólo puede probarse lo que en realidad se afirme, y que los ejemplos en aquella citada, con otros muchos más que pudieran aducirse, no constituyen otra cosa que excepciones, por lo cual nosotros, conforme con esta doctrina y con lo declarado en repetidas sentencias por el Tribunal Supremo, decimos que al demandante incumbe la prueba de su pretension cuando la niega el demandado, y éste tiene á la vez la obligacion de probar sus excepciones.

Esto es lo que en materia de prueba dispone primeramente nuestro Derecho; pero ántes de pasar adelante preguntamos: ¿se hallan vigentes las Partidas sobre este punto? ¿Es de nuestra incumbencia el tratarlo, y podemos darle cabida en una obra que versa exclusivamente sobre el Derecho civil? Los restantes artículos de este capítulo darán contestacion á estas preguntas. Ahora sólo nos limitamos á decir que por no hallarse bien deslindados los campos del derecho civil y del procesal en esta materia, á la vez que imposibilita de todo punto la debida separacion entre ellos, hace muy difícil su estudio.

Artículo 1335.—Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juícios, son:

1.° Documentos públicos y solemnes.
2.° Documentos privados
3.° Correspondencia.
4.° Confesion en juício.
5.° Juício de peritos.
6.° Reconocimiento judicial.
7.° Testigos.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª
Art. 279, Ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte y sustancialmente con: Arts. 1316 Cód. Francia.—1903 Holanda.—973 Vaud.—1068 Neufchatel.—2230 Luisiana.—1354 Bolivia.—1409 Cerdeña.—Títulos III, IV y V, lib. XXII; el 2.°, lib. XII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 29 Diciembre 1876.

Ni por la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, ni por los arts. 279 y 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se da preferencia á ninguna especie de prueba, limitándose el 279 á enumerar las varias clases de pruebas que se conocen (Sents. 29 Octubre 1864, 23 Noviembre 1868 y 18 Octubre 1873).

En el art. 279 de la Ley de Enjuiciamiento no se hace más que enumerar genéricamente los medios de prueba, reservando para varios otros la explicacion y detalles de verdadera aplicacion (Sents. 27 Junio 1864 y 19 Junio 1878).

Los medios de probar en juicio de que hablan las leyes 8.ª y 15, tít. IV de la Partida 3.ª, están modificados hoy por los que menciona la Ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 30 Mayo 1865, 1.° Diciembre 1865 y 18 Diciembre 1858).

No es doctrina admitida por los Tribunales la

do que la prueba del reconocimiento judicial se eleva sobre las demás clases de prueba (Sentencia 1.° Diciembre 1865).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que se limita á determinar las diversas clases de pruebas que pueden hacerse en juicio, sólo puede decirse infringida cuando se deniegue alguno de los medios que establece. En todo caso esta infraccion afectaría á la forma del procedimiento, y no al fondo del asunto (Sent. 13 Octubre 1866).

No habiéndose desestimado la procedencia de ninguno de los medios probatorios utilizados por el recurrente, no puede considerarse infringido el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 27 Octubre 1866 y 7 Junio 1870).

Cuando no hay motivo alguno para suponer que en una sentencia se ha desconocido la autenticidad de un documento y su fuerza probatoria, sinó que el documento no llenó el objeto para que fué presentado, no tienen aplicacion la ley 1.ª, tít. XVIII, Partida 3.ª, ni el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 28 Mayo 1867).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que se limita á designar cuántas maneras hay de pruebas, no se infringe al apreciar las aducidas al pleito, inclusos los indicios y conjeturas, segun su valor relativo para producir el criterio racional y jurídico, en conformidad á lo prevenido en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 12 Junio 1867).

Cuando la Sala no falla por suposiciones, sinó por el resultado que las pruebas ofrecen en su conjunto, no puede reputarse infringido el artículo 279 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 25 Mayo 1868 y 12 Mayo 1875).

No pueden invocarse infringidas las leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, cuando la Sala dicta su fallo conforme á las pruebas suministradas por las partes (Sent. 26 Mayo 1868).

Cuando la apreciacion ha sido hecha sobre el conjunto de las pruebas suministradas, no se infringe el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni la regla de derecho de que la presuncion cede á la verdad ó á la prueba en contrario, ni el principio de derecho de que se debe fallar segun lo alegado y probado por las partes (Sents. 28 Setiembre 1870 y 19 Octubre 1874).

La cita de la ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que se refiere á la clase de pruebas, carece completamente de oportunidad cuando no ha ocurrido en el pleito cuestion acerca de la clasificacion de las pruebas (Sent. 18 Enero 1872).

El art. 279 de la ley de Enjuiciamiento civil se limita á consignar un principio de aplicacion general y de pura ritualidad, que no puede alegarse como fundamento de casacion (Sent. 29 Enero 1873).

El art. 279 de la ley de Enjuiciamiento, que se limita á enumerar los medios de prueba, no puede alegarse como infringido cuando sobre este particular nada se ha discutido ni resuelto en el pleito (Sent. 31 Mayo 1873).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que se refiere á los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio, se halla derogada por el artículo 1415 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no puede alegarse como motivo de casacion (Sentencia 24 Marzo 1876).

COMENTARIO

En este artículo encontramos ya derogadas las Partidas por las leyes procesales. La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, enumeraba las distintas clases de prueba que podían hacerse en juicio para justificar las obligaciones. Entre aquéllas contaba dicha ley, ademas de las marcadas en el artículo, la presuncion y la fama pública; pero la de Enjuiciamiento civil, segun tambien tiene declarado en repetidas sentencias el Tribunal Supremo, ha derogado la antigua legislacion en este punto.

Artículo 1336.—Los Jueces y Tribunales apreciarán segun las reglas de la sana crítica el valor de las pruebas presentadas por las partes; y á su apreciacion hay que atenerse, ínterin no se pruebe que al hacerlo se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal.

ORÍGENES

Art. 317, ley de Enjuiciamiento civil.
Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

JURISPRUDENCIA

(El principio de este artículo, consignado en el 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, respecto á la prueba testifical, ha sido aplicado igualmente á toda clase de pruebas por el Tribunal Supremo en multitud de sentencias.)

Caso de apreciarse mal por la Sala sentenciadora la prueba suministrada por las partes, no se infringiría la ley 1.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, que define lo que es prueba y quién debe hacerla, sinó las reglas que se dan para hacer dicha

apreciacion (Sents. 26 Junio 1862 y 29 Setiembre 1866).

Han quedado derogadas todas las antiguas reglas sobre procedimiento en asuntos civiles (Sent. 8 Mayo 1862).

El derecho constituído en materia de procedimientos es la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 21 Mayo 1870).

Las leyes 8.ª y 14, tít. XVI, Partida 3.ª; 26, tít. I, y 1.ª, tít. XXXI, Partida 7.ª; 12, tít. XIV, Partida 3.ª, y 9.ª, tít. XXXI, Partida 7.ª, están esencialmente modificadas por la regla 45 de la ley provisional para la aplicacion de las disposiciones del Código penal (Sent. 24 Enero 1863).

Tratándose de apreciacion de prueba, tiene declarado el Tribunal Supremo que no basta citar como fundamento de recurso el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, sinó que debe hacerse á la vez de la ley ó doctrina que se suponga infringida por dicha apreciacion (Sent. 5 Diciembre 1861, 20 Abril 1866, 14 Diciembre 1867, 30 Marzo 1868, 11 Julio 1872, 21 Noviembre 1874 y 11 Enero 1876).

Cuando los litigantes practican la prueba que estiman conveniente, y ésta es apreciada por la Sala sentenciadora en virtud de las facultades que la confiere el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, sin que contra dicha apreciacion se alegue la infraccion de ley ó doctrina legal, no puede decirse que se infringe la ley 1.ª, título XIV, Partida 3.ª (Sents. 5 Junio 1866 y 5 Enero 1867).

No puede invocarse la ley 10, tít. XIV, Partida 3.ª, que determina «como aquel que prueba en juicio que en algun tiempo fuere señor ó tenedor de la cosa litigiosa, se ha de sospechar que continúa siéndolo ínterin se justifica lo contrario; » ni suponerla infringida para fundar un recurso de casacion, si á la vez no se demuestra haber suministrado la prueba que la misma ley exige, y que ha sido desestimada indebidamente en la ejecutoria (Sent. 28 Diciembre 1866).

No hay ley que prohiba al Tribunal sentenciador apreciar todas las pruebas en conjunto; ántes al contrario, las hay que le imponen el deber de hacerlo así (Sent. 25 Junio 1867).

Contra la apreciacion hecha por la Sala sentenciadora, en uso de sus atribuciones, del resultado de las pruebas, no cabe el recurso de casacion; y habiéndose hecho dicha apreciacion, no se puede citar como infringida la ley 2.ª, título XVI, lib. XI, Nov. Rec., por la que se manda que los jueces que conocieren de los pleitos las determinen y juzguen segun la verdad que hallasen probada (Sent. 4 Enero 1868).

La ley 2.ª, tít. XVI, lib. XI, Nov. Rec., en nada limita la facultad de los jueces y tribunales para valorar las pruebas que en el juicio se hayan practicado (Sent. 23 Mayo 1867).

De que la Sala prefiera unas pruebas á otras, dando preferencia á alguna por sus circunstancias especiales con respecto á la cuestion, no se infiere lógica ni legalmente, ni es lícito suponer, que haya dejado de apreciarlas y tenerlas todas en cuenta (Sent. 28 Junio 1867).

Es inoportuno citar las leyes 8.ª, tít. XIV; 28, 29, 32, 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, porque estas leyes en general obedecen al sistema de la prueba tasada de aquella legislacion, la cual ha sido modificada esencialmente por la de Enjuiciamiento civil (Sent. 28 Diciembre 1868).

Siendo de la competencia de la Sala sentenciadora la apreciacion de las diferentes clases de pruebas, no se infringen las leyes que tratan del valor de las probanzas, si este valor ha sido calificado en conjunto por la Sala (Sent. 1.° Marzo 1875).

Si pudiera prevalecer contra el criterio del Tribunal sentenciador la impugnacion de la prueba, sería ilusoria la facultad de graduar el valor de la misma, por más que al usarla no se infrinja ley alguna que regule su forma esencial é intrínseca para producir efecto en juicio (Sent. 13 Marzo 1875).

Si las pruebas suministradas por las partes consisten en documentos más ó ménos solemnes, al apreciarlos la Sala sentenciadora como estimó justo, no puede sostenerse que haya infringido el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, en atencion á que se refiere á la prueba testifical; y ademas, segun dicho artículo y declaraciones repetidas del Tribunal Supremo, es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora apreciarla conforme á las reglas de la sana crítica (Sent. 3 Abril 1875).

COMENTARIO

La gran alteracion introducida en las leyes civiles que tratan de la prueba y de los medios de llevarla á cabo, ha sido la de facultar á los Jueces y Tribunales para que la aprecien segun su criterio y conforme á las reglas de la sana crítica.

Esta doctrina, consignada en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á la prueba testifical, y aplicada indistintamente á toda clase de medios probatorios por multitud de

sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, es bastante para contestar á las preguntas que en el primer comentario de este capítulo nos hicimos. La jurisprudencia no cesa de repetir que la legislacion antigua referente á la fuerza de las diversas especies de pruebas ha sido esencialmente modificada por la ley de Enjuiciamiento civil, y sin recurrir á la jurisprudencia declararíamos completamente derogadas las Partidas por aquella ley, al disponer terminantemente, en su art. 1415, que lo están «*todas las leyes*, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil,» y por tanto no trataríamos de una materia que es más bien objeto del derecho procesal, si los campos de este derecho y del civil hubieran sido bien deslindados y no hubieran introducido confusion muchas sentencias que citan como vigentes leyes que en otras se suponen derogadas.

Esto da á entender el estado de nuestra legislacion en materia de prueba y el cuidado con que debemos proceder al estudiarla.

Conste, pues, como principio general, que á los Jueces y Tribunales corresponde apreciar la prueba suministrada por las partes, y que miéntras no se pruebe que al hacerlo se infringió alguna ley ó doctrina legal, hay que atenerse á dicha apreciacion.

Artículo 1337.—Respecto de lo que no se halle especialmente determinado en el presente capítulo, en cuanto á los distintos medios de prueba, su calificacion, efectos y modos de llevarlos á práctica, se observarán las reglas establecidas en las leyes de procedimientos.

ORÍGENES

Tít. VII, Secciones 5.ª, 6.ª y 7.ª, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

El artículo presente es consecuencia de lo que hemos dicho en el comentario anterior. No nos incumbe estudiar lo que se refiera exclusivamente al procedimiento; y por tanto, habiendo sido esencialmente modificadas las Partidas por la ley de Enjuiciamiento civil, deberán observarse las reglas por ella establecidas en todo aquello que por ser materia exclusivamente procesal no puede tener cabida en las disposiciones de este Código.

SECCION SEGUNDA

DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

§ I

De los instrumentos públicos.

Artículo 1338.—Bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes se comprenden:

1.° Las escrituras públicas, otorgadas con arreglo á derecho.

2.° Los documentos expedidos por los funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.

3.° Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente.

4.° Las partidas de bautismo, de matrimonio y defunciones dadas con arreglo á los libros de los párrocos, ó por los que tengan á su cargo el Registro civil.

5.° Las actuaciones judiciales de toda especie.

ORÍGENES

Ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª
Art. 280, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 26 Febrero 1872.
Sent. 30 Mayo 1865.
Sent. 19 Setiembre 1865.

Bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes no se comprenden otros que los especificados en el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 15 Junio 1864).

Si bien la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, dispone que valga como prueba la carta hecha por escribano público con dos testigos y expresion del dia, mes, hora y lugar, esto no quiere decir que se estime como tal carta una copia de copia, redargüida en forma, y cuya autenticidad no ha podido demostrarse (Sent. 18 Noviembre 1865).

Las leyes del tít. XVIII, Partida 3.ª, consignan las fórmulas y condiciones que deben tener las escrituras de toda clase de contratos para que sean valederas y constituyan prueba judicial (Sent. 11 Enero 1865).

Segun lo dispuesto en la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, *toda carta que sea fecha por mano de escribano público, los que haya escritos los nombres de dos testigos, á lo menos, e el dia, e el mes, e la era en que fecha, vale para probar lo que en ella digere; no habiendo en ella alguna de las falsedades ó menguas* que mencionan las leyes del expresado título (Sentencia 18 Marzo 1865).

Sólo estas falsedades pueden producir la nulidad de una escritura, no pudiendo, por consiguiente, declararse tal aunque tenga otros defectos, á no suponer que el criterio del juez pueda sobreponerse á las prescripciones de la ley (Sent. id. id., id.).

El valor que conceden las leyes de Partida á los instrumentos públicos se contrae al caso en que se presenten contra el mismo que los otorgó (Sent. 23 Diciembre 1857).

En el otorgamiento de instrumentos públicos deben llenarse todos los requisitos y solemnidades de derecho para atribuirlos mérito legal (Sent. 30 Abril 1860).

Si bien en varias sentencias del Tribunal Supremo se establece la doctrina de que los escribanos públicos de número son los únicos por quienes se han de autorizar los contratos, esto no excluye el que se pruebe por otros medios el otorgamiento de ellos (Sent. 9 Marzo 1868).

Los documentos públicos pueden no ser eficaces al objeto del pleito, ya por no referirse concretamente á los casos ó cuestiones que en él se discuten, ya porque su significacion y mérito legal sean contrariados y desvirtuados por otras puebas de la misma ó diversa índole (Sent. 22 Junio 1867).

Cuando los documentos en que el demandante funda su derecho no son impugnados ni redargüidos, ni su eficacia ó ineficacia es cuestion de pleito, no son aplicables la ley 114, título XVIII, Partida 3.ª, ni el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 30 Abril 1868, 20 Abril 1871, 13 Enero 1872 y 28 Setiembre 1872).

Es doctrina admitida por la jurisprudencia que la circunstancia accidental de no haberse extendido una escritura en el papel sellado correspondiente no afecta á su esencia y verdad (Sent. 26 Febrero 1867).

El instrumento público otorgado con las solemnidades legales produce sus efectos desde el dia de su otorgamiento, sin que las accidentales circunstancias de tener en el protocolo un número anterior ó posterior al de otro instrumento de la misma fecha, puedan por sí solas probar que la obligacion contenida en el uno se haya contraído ántes ó despues de la consignada en el otro (Sent. 23 Noviembre 1867).

Cuando la Sala sentenciadora, al apreciar los méritos de los autos, no desconoce el valor legal de los documentos públicos y privados que obran en ellos, no infringe las leyes 114, 115 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, ni los arts. 279, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 29 Octubre 1869, 1.º Julio 1870, 14 Junio 1870, 20 Junio 1872, 8 Julio 1872, 8 Junio 1874, 10 Febrero 1875 y 23 Febrero 1877).

No se infringe el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento, que prescribe las reglas que deben observarse para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio, cuando se guardan dichas reglas (Sent. 7 Junio 1870).

Dicho artículo se refiere á documentos público otorgados en España, y no puede ser infringido porque se traiga á los autos, sin citacion ni cotejo, uno otorgado en el extranjero por persona y auto funcionario no españoles (Sent. 26 Setiembre 1870).

Cuando una persona tiene interés en impugnar una escritura, no puede decirse que le falta personalidad y que no tiene accion para verificarlo (Sent. 12 Febrero 1869).

Siendo nula una escritura, es notoriamente

impertinente toda discusion acerca del valor y eficacia de sus cláusulas (Sent. id. id., id.).

Las disposiciones de la ley del Notariado no son aplicables á una escritura otorgada con anterioridad á la fecha de la publicacion de dicha ley, y mucho ménos si esa escritura se ha de regir por una prescripcion foral (Sent. 9 Diciembre 1869).

Para que se infrinja la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, no basta que deje de apreciarse como no influyente para el caso de que se trata el contenido de una escritura pública, sinó que es preciso que se haya hecho la omision en el concepto de que no valía para probar lo que en ella se dice (Sent. 19 Setiembre 1872).

Los hechos consignados clara y precisamente en escrituras públicas otorgadas con todas las solemnidades legales, no pueden alterarse por medio de prueba testifical, expuesta á error en muchos casos, por cuanto se contraría el precepto de la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, segun el que las escrituras públicas *valen para probar lo que en ellas se dijere* (Sent. 3 Julio 1873).

La infraccion del art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, suponiendo que se ha estimado una demanda en virtud de documentos informales, no puede tomarse en consideracion si no se expresa en el recurso ningun documento en forma á que se haya dado fuerza probatoria; circunstancia indispensable para que la casacion proceda (Sent. 14 Octubre 1876).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, sobre los varios medios de prueba, no se concreta al caso, y por lo mismo no se infringe si no se indica á qué documento se ha dado fuerza probatoria no teniéndola (Sent. id. id. id.).

Al absolver de la demanda al demandado, prescindiendo de la obligacion perfecta constituida en una escritura, se infringe la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª (Sent. 22 Enero 1878).

Carece de oportunidad la cita de los artículos 279, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, si la sentencia recurrida no niega que las escrituras públicas sean medios de prueba y sean eficaces en juicio, sinó que estima, en virtud de las que las partes han suministrado, que el contrato cuya eficacia sostiene y pretende el recurrente, era distinto del que en realidad se otorgó (Sent. 6 Febrero 1877).

El art. 280 de la ley de Enjuiciamiento civil únicamente señala lo que se comprende bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes, y el 281 marca las reglas que deben observarse para que sean eficaces en juicio, sin que en ninguno de ellos se fije la fuerza probatoria que en sí tengan los dichos documentos (Sent 17 Mayo 1877).

COMENTARIO

En el presente artículo enumera la ley los documentos de que puede hacerse uso en juicio con el carácter de públicos y solemnes.

Solamente los señalados por el legislador son los que tienen tal carácter; por consiguiente, no pueden ser otros comprendidos entre ellos, segun asimismo tiene declarado el Tribunal Supremo.

La ley de Enjuiciamiento civil dispone, respecto á este primer medio de prueba, lo siguiente:

«Para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio, deberán observarse las reglas siguientes:

1.ª Que los que hayan venido al pleito sin citacion se cotejen con sus originales, prévia dicha citacion, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento expreso.

2.ª Que los que hubieren de traerse de nuevo vengan en virtud de mandamiento compulsorio que se expida al efecto, prévia citacion de la parte á quien haya de perjudicar.

3.ª Que si el testimonio que se pida fuere de parte de un documento solamente, se adicione á él lo que el colitigante señalare, si lo cree conveniente.

4.ª Que los testimonios ó certificaciones sean dados por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los documentos, por el escribano en cuyo oficio radiquen los autos, ó por el del pleito.

Estos testimonios ó certificaciones se expedirán bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales, y la intervencion de los interesados se limitará á señalar lo que haya de testimoniarse ó certificarse. (Art. 281.)

Los documentos otorgados en otras naciones tendrán igual fuerza que los que lo sean de España, si reunen todas las circunstancias exigidas en aquéllas, y las que además requieran las leyes españolas para su autenticidad. (Artículo 282.)

Conviniendo los litigantes sobre su inteligencia, se estará y pasará por la que dieron. (Artículo 283.)

No habiendo conformidad, se remitirán por

el juez á la oficina de la interpretacion de lenguas para su traduccion, sin que ésta pueda hacerse en ninguna otra forma (Art. 284).»

Artículo 1339.—En el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entablare la accion criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal.

ORÍGENES

Art. 291, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Son válidos los contratos privados que, en vez de oponerse á escrituras públicas, sirven de explicacion á las mismas, y al declararlo así el Tribunal no infringe la ley 117, tít. XVIII, Partida 3.ª (Sent. 27 Marzo 1866).

Las Salas sentenciadoras pueden apreciar, en uso de sus facultades, las pruebas pericial y testifical sobre la autenticidad de documentos (Sent. 6 Marzo 1861).

La calificacion de *supuestos* que dé una sentencia á cualquier documento en causa civil, no equivale á la de *falso criminalmente* (Sent. idem, idem id.).

No puede prevalecer, contra lo expresado en un documento solemne, la alegacion infundada de ligereza ó equivocacion de peritos encargados de una operacion pericial (Sent. 1.° Abril 1862).

No puede invalidarse un documento anterior por otro posterior cuando éste es redargüido civilmente de falso (Sent. 8 Mayo 1862).

Lo dispuesto en el art. 291 de la ley de Enjuiciamiento civil no tiene lugar cuando se impugnen los documentos como ineficaces, redarguyéndolos civilmente de falsos (Sent. 8 Noviembre 1862).

Con aserciones convenidas no puede destruirse la eficacia de un documento público y solemne, que ni áun contiene la menor indicacion respecto á aquéllas (Sent. 26 Setiembre 1865).

Los Tribunales deben dar á las escrituras públicas que tienen, cuando no han sido redargüidas civil ni criminalmente de falsas, ni discutídose su mérito en juicio de ninguna otra manera (Sent. 29 Diciembre 1854).

Para el que tacha de nula una escritura por no haber intervenido en su otorgamiento, sólo le puede ser obligatoria la misma cuando la hubiese ratificado, ó por lo ménos reconocido con actos que no pudieran tener otro orígen que las cláusulas escrituradas (Sent. 2 Enero 1865).

El modo de probar la falsedad de un otorgamiento que establece la ley 117, tít. XVIII, Partida 3.ª, ni es el único que se conoce en derecho, ni excluye á los demas conocidos (Sentencia 2 Enero 1865).

La prueba documental puede ser enervada por la prueba resultante de otros documentos, aunque sean de carácter privado, y áun por la de testigos. (Sent. 2 Octubre 1861).

No basta indicar sospechas contra documento de ser falso ó alterado en parte esencial, para obtener declaracion de su ineficacia, sinó que han de justificarse las tachas que se le atribuyen (Sent. 18 Diciembre 1867).

La ley 117, tít. XVIII, Partida 3.ª, admite la impugnacion de una escritura pública en que se consigne una deuda, si el reconvenido á virtud de ella para su cargo probase por medio de otra escritura pública, ó de cuatro testigos hábiles y leales, que durante todo el día en que se supone otorgada se había hallado á tanta distancia del lugar de su otorgamiento, que le fuese físicamente imposible encontrarse en él (Sentencia 1.° Octubre 1870).

Es de todo punto improcedente la cita de la ley 117, tít. XVIII, Partida 3.ª, para suponer hoy la necesidad de que se pruebe la falsedad civil de una escritura, porque la ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 291, ha establecido la nueva jurisprudencia que se viene observando en la materia (Sent. 15 Noviembre 1871).

Las leyes 114 y 115, tít. XVIII, Partida 3.ª, referentes al valor de los documentos públicos, no son aplicables cuando se trata de las demas clases de prueba (Sent. 24 Diciembre 1866).

COMENTARIO

Algunas disposiciones dictaron las leyes 115 y 118, tít. XVIII, Partida 3.ª, y 32, tít. XI, Partida 5.ª, encaminadas á señalar cómo debía probarse la falsedad de unos documentos y cuándo debían ser creidos; mas ¿pueden hoy citarse como vigentes? ¿Han sido de hecho derogadas? Aunque son muchas las sentencias donde por hallarse citadas parece que todavía tienen fuerza, la doctrina consignada en artículos y comentarios anteriores, relativa á que la legislacion antigua ha sido esencialmente modificada por la nueva ley de Enjuiciamiento

civil, y la establecida en algun fallo del Tribunal Supremo, que declara improcedente de todo punto la cita de leyes relativas al modo de probar la falsedad civil de una escritura, objeto sólo de la de Enjuiciamiento, nos ha decidido á no consignarlas en el articulado, dejando para este sitio el exponer su doctrina, por si todavía pudiera tener aplicacion.

Dice la ley 115 que cuando la parte contraria arguye de falsa una escritura por no ser escribano público el actuario que la autorizó, debe probar el que la presenta su validez y la competencia del notario. Si éste negase su intervencion, deberá ser creido, miéntras no se pruebe lo contrario.

Debe ser creido el notario que sostiene la verdad del otorgamiento aunque los testigos instrumentales lo contradigan, siempre que aquél sea de buena fama y el documento convenga con la redaccion del registro ó protocolo mas no en el caso contrario.

Segun la 117 del mismo título y Partida, y la 32, tít. XII, Partida 5.ª, puede redargüir de falsa una escritura pública aquel contra quien es aducida en juicio, justificando por medio de otro documento, ó por cuatro testigos á lo ménos, que no se hallaba presente el dia de su otorgamiento, por estar á mucha distancia de donde se supone otorgada.

El art. 291 de la de Enjuiciamiento civil da preferencia á la accion criminal entablada por la falsedad de una escritura, declarando que miéntras la causa no se termine, no puede seguir adelante el pleito en que aquélla fué presentada, y ésta es la nueva jurisprudencia que viene observándose en la materia.

Artículo 1340.—Siempre que se niegue ó se ponga en duda la autenticidad de un documento público, deberá el juez nombrar peritos que procedan al cotejo de él con otros indubitados, fallando luégo segun su prudente arbitrio.

ORÍGENES

Ley 118, tít. XVIII, Partida 3.ª

Arts. 281 y 287 siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 29 Setiembre 1866.

Sent. 29 Marzo 1875.

Sent. 14 Octubre 1876.

Sent. 13 Febrero 1877.

La regla 1.ª del art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone el cotejo con sus originales de todo documento que venga á un pleito, no se infringe por dar valor á dicho documento sin cotejarlo, en atencion á haberse extraviado los originales, si su autenticidad se prueba por otros medios, pues la referida disposicion no excluye, en casos de imposibilidad del cotejo, las pruebas supletorias que reconoce y establece el derecho (Sent. 23 Mayo 1863).

Aunque se deniegue el cotejo del signo de un escribano puesto en un testamento con los que tengan del mismo otras escrituras, esto no produce la indefension del que pide el cotejo, porque, en buena crítica, de la identidad de los signos no se deduciría necesariamente la existencia de la matriz, interin no hubiese otros medios de acreditar que ésta existía (Sent. 28 Diciembre 1863).

La disposicion de la ley 118, tít. XVIII, Partida 3.ª, relativa á cómo debe practicarse el cotejo de letras de los documentos públicos otorgados ante escribano, no puede tener aplicacion en un pleito en que se cuestione sobre la autenticidad de un documento privado, acerca del cual se ha pedido y practicado el cotejo de letras, con arreglo á lo que expresan y terminantemente prescriben los artículos 287, 288, 289, y 290 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 14 Mayo 1864).

Si bien es cierto que los documentos públicos presentados en juicio sin citacion, deben ser cotejados con sus originales para que sean eficaces, cesa la necesidad de este cotejo en el caso de que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos su asentimiento (Sentencia 8 Octubre 1864).

Cualquiera que haya sido la calificacion hecha por la Sala sentenciadora en uno de los considerandos de la sentencia respecto á una escritura y á la imposibilidad de cotejarla con su original, no invalida dicha sentencia, si está arreglada á derecho en su parte dispositiva (Sent. 19 Febrero 1866).

La sentencia que no da eficacia alguna á la escritura que se trae sin citacion de cotejo con su original, y á la cual tampoco presta asentimiento la parte contraria, no infringe el citado art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 8 Junio 1866).

Interin no se determine el documento que se ha traído á los autos sin cotejo con su original y citacion contraria, es inoportuno citar como

infringida la regla 1.ª del art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 17 Setiembre 1866).

Aunque no se coteje una escritura con su original por falta de éste, si no se falló sólo por dicho documento, sinó tambien en vista y con apreciacion de otros medios de prueba, no se infringe la regla 1.ª del art. 281 citado, ni el 279 de la misma ley (Sents. 15 Octubre 1866 y 2 Noviembre 1875).

Es innecesario el cotejo de un documento presentado en juício cuando el litigante contrario no lo redarguye civilmente de falso (Sentencia 15 Octubre 1857).

Cotejado legalmente un documento durante el término de prueba con citacion contraria, sin que se hiciera advertencia ni reclamacion alguna, no pueden tener influencia en el mismo litigio las alteraciones ó enmiendas que se encontraran despues, hechas recientemente en el protocolo ó matriz, aunque por este motivo se hubiese mandado formar causa, ni procede en este caso la suspension del pleito, como no se haya entablado la accion criminal con arreglo al art. 291 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 28 Junio 1860).

No debe declararse ineficaz un documento público sólo por la falta de cotejo, cuando es público el hecho del extravío de los protocolos (Sent. 24 Marzo 1860).

No reclamada en tiempo oportuno la legalidad ó veracidad de los instrumentos probatorios, no puede decirse que se han infringido las reglas que prescribe el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil para la eficacia en juício de los documentos públicos, ni tampoco, áun en el supuesto de ser aplicable el caso litigioso, las leyes 114, 118 y 119, tít. XIX, Partida 3.ª (Sentencia 1.° Marzo 1862).

Para que los documentos públicos sean eficaces en juício, es menester que se cotejen con sus originales, previa citacion contraria (Sentencias 15 Abril 1862 y 29 Enero 1866.

Para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juício, es preciso que se observen las reglas prescritas en el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 23 Setiembre 1864).

Los arts. 280 y 281 de la misma ley no son aplicables, cuando no es objeto del debate, al valor legal que deba darse á un documento público, ni se niega que los documentos públicos son uno de los medios de prueba autorizados por el derecho (Sent. 8 Octubre 1864).

Para que los documentos públicos y solemnes sean fehacientes en juício, basta, con arreglo al art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, que las personas á quien perjudiquen presten á ellos su asentimiento expreso, si han venido al pleito sin citacion y no son cotejados con sus originales (Sents. 13 Enero 1865 y 16 Junio 1874).

Cuando la Sala, en vista de las pruebas practicadas, y atemperándose á las prescripciones del art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, declara que no es válido un documento por no haberse cotejado con su original, ni prestado su asentimiento á él la parte contraria, sin cuya citacion se libró y fué traído á los autos, no infringe doctrina alguna legal (Sent. 26 Enero 1866).

Debe respetarse la apreciación del Tribunal sentenciador sobre la autenticidad de un documento y su conformidad con el original, cuando no se probare que al hacer dicha apreciacion se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. id., id., id., 3 Mayo 1866).

La ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, da fuerza plena probatoria á los documentos públicos sin tacha ni vicio legal cotejados con sus originales; y cuando así no lo estima la Sala, infringe dicha ley (Sent. 20 Febrero 1866).

Los documentos públicos traídos á los autos sin citacion, necesitan, para ser eficaces en juício, que se cotejen con sus originales, previa dicha citacion, á no ser que la persona á quien perjudiquen les preste su asentimiento expreso (Sent. 8 Junio 1866).

La regla 1.ª del art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil que así lo prescribe, no hace diferencia alguna, respecto á escrituras públicas, entre primeras ó ulteriores copias (Sentencia id. id. id).

Cuando la Sala sentenciadora, al apreciar la fuerza probatoria de un documento público, no sólo lo examina en sí, sinó en conjunto con las demas pruebas practicadas, nó puede considerarse infringido el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, y ménos si nada se ha discutido en primera instancia acerca del defecto que á dicho documento se atribuye, ni acerca de su valor legal (Sent. 26 Junio 1866).

Para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juício, no basta que hayan sido otorgados segun las prescripciones de la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, sinó que es necesario ademas, segun el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, que los que se hayan traído al pleito sin citacion sean cotejados con sus originales, á no ser que la persona á quien perjudi-

quen haya prestado á ellos asentimiento expreso (Sent. 13 Octubre 1866).

Infringe el art. 289 de la ley de Enjuiciamiento civil la Sala sentenciadora que hace el cotejo con documentos no indubitados (Sent. 29 Setiembre 1866).

Si bien las leyes 118 y 116, tít. XVIII, Partida 3.ª, refundidas en su parte esencial en el artículo 290 de la ley de Enjuiciamiento civil, no califican de prueba acabada las declaraciones periciales, no prohiben por eso que los Tribunales formen su juício por el conjunto de todas las aducidas (Sent. 2 Octubre 1861 y 14 Setiembre 1864).

El art. 290 de la ley de Enjuiciamiento civil faculta á los jueces para que puedan separarse del dictámen de los peritos revisores, obrando por su propio juício y criterio (Sent. 21 Junio 1864).

Los Jueces y Tribunales no tienen obligacion de conformarse con el dictámen de los peritos cuando procede el juício pericial (Sent. 6 Diciembre 1858).

Si bien la eficacia de los documentos públicos y solemnes presentados en juício, sin citacion, depende del cotejo con sus originales, este precepto de la ley supone racionalmente la existencia ó conservacion de los mismos; porque en el caso de haberse perdido ó destruído los protocolos, es doctrina legal, admitida por la jurisprudencia, que debe darse valor y plena fé á la primera copia de un documento público sacado del original por el escribano que lo autorizó, cuando no se le pruebe falsedad ni otro defecto que la falta de comprobacion ó cotejo (Sentencia 26 Febrero 1867).

Cuando los documentos presentados con la demanda son los originales, y aunque se devuelvan al demandante, dejando copia en los autos ántes de ser parte en ellos el demandado, éste les prestó asentimiento expreso en el hecho de tomarlos por base para la alegacion de todas sus excepciones, no es necesario el cotejo prevenido en el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 20 Setiembre 1867 y 5 Julio 1869).

Se corrobora la eficacia de una escritura pública cuyo protocolo se haya destruído, si cotejada con otras indubitadas del mismo escribano que la autorizó, resulta, segun el dictámen de los peritos y de la comprobacion judicial, que son iguales los signos, firma y letra, y que aparecen, por consiguiente, escritos y signados por una misma mano (Sent. 26 Febrero 1867).

Las leyes 118 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, sólo se refieren al valor que tienen en juício los documentos públicos y privados, y por tanto no tienen aplicacion en el pleito cuyo punto litigioso ha versado principalmente, no tanto sobre la eficacia de unos documentos en que aparece que uno se obligó con dos distintas personas, y sí bien acerca de cuál de los dos contratos fué el que se consumó y se llevó á efecto (Sent. 11 Abril 1874).

No se infringe la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, motivo 8.º, cuando no se desconoce el verdadero alcance de unas escrituras presentadas y que se han cotejado con sus originales (Sentencia 27 Noviembre 1872).

La ley 118, tít. XVIII, Partida 3.ª, trata de los medios de prueba para saber si la *carta pública es verdadera ó no*, y por tanto no tiene aplicacion ni se infringe si en el pleito no se presentó documento alguno de esta clase (Sentencia 14 Marzo 1877).

El art. 289 de la ley de Enjuiciamiento civil señala los documentos públicos ó privados que deben considerarse indubitados para el cotejo que las partes litigantes soliciten, ni los que los mismos hayan presentado oportunamente en juício; y es, por consiguiente, inaplicable el cotejo practicado á virtud de auto de la Sala sentenciadora, para mejor proveer, con arreglo al artículo 48 de dicha ley (Sent. 26 Abril 1877).

No es de estimar la infraccion de las leyes 118 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, sobre el cotejo de letras, si la Sala sentenciadora se funda en la apreciacion de todo el conjunto de prueba, y no en el solo cotejo de letras, el cual, por otra parte, está sometido á las novísimas reglas de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 3 Mayo 1877).

No basta redargüir de falsos los documentos para privarlos de fuerza; y si además la Sala sentenciadora apreció por el conjunto de pruebas que era verdadero el presentado por la parte actora en justificacion del pago, no puede estimarse la supuesta infraccion de las leyes 114, 118, 119, tít. XVIII, Partida 3.ª (Sentencias 5 Junio 1877 y Julio 1877).

La ley 118, tít. XIV, Partida 3.ª, que establece las reglas á que los juzgadores han de atenerse para apreciar el valor de un documento público cuando alguna de las partes niegue su autenticidad, se alega con manifiesta inoportunidad, si en el pleito no ha ocurrido el caso que á la misma se refiere (Sent. 3 Julio 1877).

La ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, trata de las formalidades que deben revestir los docu-

mentos para que tengan valor en juicio, y no se infringe cuando la Sala reconoce la autenticidad de aquéllos, por más que los aprecie de distinta manera que lo hace la parte recurrente (Sentencia 12 Octubre 1877).

No expresándose concretamente en el recurso cuál ó cuáles documentos públicos han sido desatendidos por la sentencia, y en qué parte de ellos se ha prescindido de su tenor, no se infringen las leyes 114 y 119 citadas, que determinan la fuerza probatoria de los documentos públicos, puesto que sin conocer en qué consiste la infraccion, no es posible apreciarla ni resolver sobre ella, y el recurso de casacion tiene que desestimarse (Sent. 15 Octubre 1877).

COMENTARIO

Prescribía la ley 118 de Partida que si un litigante negare la intervencion del escribano en un instrumento contra él presentado, porque la firma y el signo del mismo fuesen distintos de los que aparecieran como suyos al pié de otros documentos, debía estarse á lo que declarara el notario á presencia del juez, aunque fueran desemejantes las escrituras ó títulos en la letra y la forma, *porque non puede ome todavia escribir de una manera. Ca á las vegadas face desemejar las letras los variamientos de los tiempos en que son fechas ó el mudamiento de la tinta ó de la peñola*, etc.

Si no pudiere comparecer el actuario por hallarse ausente ó por haber fallecido, deberá el juez nombrar *buenos omes é sabidores, que sepan bien conocer é entender las formas é las figuras de las letras é los variamientos dellas*; les exigirá juramento de proceder bien y lealmente, del mismo modo que á las partes, pasará á cotejar el documento en cuestion con otros indubitados, y fallará luégo segun su prudencial criterio.

Hoy esa ley ha sido modificada por la de Enjuiciamiento civil, con la cual concuerda en parte; y para tener perfecta idea del derecho vigente en esta materia, copiaremos sus principales disposiciones, en las cuales se halla basada la prescripcion del artículo.

«Para que sean eficaces en juicio los documentos públicos y solemnes venidos al pleito sin citacion, deberán cotejarse con sus originales, prévia dicha citacion, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento expreso.» (Art. 281, regla 1.ª)

«Podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue ó se ponga en duda la autenticidad de un documento público ó privado. En este cotejo procederán los peritos con sujecion á lo que se previene en los arts. 303 y siguientes de esta ley.» (Art. 287.)

«La persona que pida el cotejo designará el documento ó documentos indubitados con que deba hacerse.» (Art. 288.)

«Se consideran indubitados para el cotejo:

1.° Los documentos que las partes reconozcan como tales, de comun acuerdo.

2.° Las escrituras públicas y solemnes.

3.° Los documentos privados, cuya letra ó firma hayan sido reconocidas en juicio por aquél á quien se atribuya la dudosa.

4.° El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquél á quien perjudique.» (Art. 289.)

«El juez hará por sí mismo la comprobacion, despues de oír á los peritos revisores, y no tendrá que sujetarse á su dictámen.» (Art. 290.)

Artículo 1341.—Son vicios que pueden afectar á la validez de un instrumento público:

1.° La oscuridad en su redaccion que se oponga á su inteligencia.

2.° Las adiciones, rasgaduras, raspaduras y alteraciones en la fecha ú objeto del documento y en el nombre de los otorgantes, testigos, lugar y escribano, siempre que no se salven en el mismo documento, ó no se pruebe que se hicieron por yerro.

3.° La desemejanza de la letra, firma y signo del escribano comparados con los de otros documentos, segun lo dispuesto en el artículo anterior sobre este caso.

4.° La semejanza en la letra de todos los que concurrieron al otorgamiento de una escritura.

5.° La falta de expresion de la fecha, lugar ó nombre de dos testigos á lo ménos.

6.° La presentacion en juicio de dos documentos contradictorios.

ORÍGENES

Ley 111, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 7.ª, tít. IX, lib. II, Fuero Real.
Arts. 25 y 26, ley del Notariado de 1862.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Abril 1865.

Sent. 29 Setiembre 1866.

Aducidos en juicio unos documentos é impugnados por la parte demandada por falta de cotejo con los originales, ó de la debida comprobacion de las firmas que los autorizan, no está prohibido á la Sala juzgadora, segun las leyes 111 y 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, apreciar que dichos documentos no constituyen prueba acabada (Sent. 24 Diciembre 1864).

Las leyes 111, tít. XVIII, Partida 3.ª, y 1.ª, tít. XXIII, lib. X, Nov. Rec., no declaran la nulidad de los documentos ni áun de la cláusula en que haya palabras interlineadas y sin salvar, ni prohiben que los Tribunales la aprecien con vista de las cláusulas restantes y de las pruebas aducidas por las partes (Sent. 10 Noviembre 1866).

Segun la ley 111, tít. XVIII, Partida 3.ª, cuando la escritura no se halla rota ó cancelada en lugar en que pueda alterarse su contexto, ó no induce dudas al juzgador *de que fuera fecho á mala parte*, lo cual es de la apreciacion de la Sala sentenciadora, *non debe ser desechada por ende* (Sent. 3 Octubre 1866).

Con arreglo á las leyes 111 y 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, y 1.ª, tít. XXIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, la omision del día de la fecha del otorgamiento en las escrituras públicas produce su nulidad (Sent. 13 Mayo 1864).

Son nulas las interlineaciones que se pongan en los protocolos de escrituras si no se salvan en la forma y términos prevenidos en la ley 1.ª, tít. XXVII, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 7 Octubre 1862).

No se infringe la ley 111, tít. XVIII, Partida 3.ª, cuando se admite un testimonio á pesar de las raspaduras y adiciones que contenga y exprese el escribano autorizante, cuando tales alteraciones no cambian el sentido y la razon de lo que se dice, ni dicho testimonio constituye el único y principal fundamento de derecho del que lo presenta (Sent. 28 Junio 1864).

El decidir si una de las cláusulas contenidas en un documento ha sido ó no suplantada, es cuestion que corresponde apreciar á la Sala sentenciadora (Sent. 25 Mayo 1868).

La ley 111, tít. XVIII, Partida 3.ª, al calificar de sospechosa y negar toda fé á la escritura enmendada, somete tambien al criterio judicial la calificacion é importancia de este defecto. (Sent. 26 Febrero 1867).

Cuando una escritura no ha sido oportunamente redargüida de falsa, y no parece tampoco que adolezca de defectos que la invaliden, no tienen aplicacion las leyes y disposiciones referentes á los casos en que una escritura es nula (Sent. 28 Enero 1869).

COMENTARIO

La doctrina del presente artículo se halla comprendida en la ley 111 de Partida, confirmada, en cuanto al núm. 6.º, por el Fuero Real, y tambien en parte por la ley del Notariado. Ahora bien: ¿podemos considerarla vigente en todas sus partes, ó ha sido derogada por modernas disposiciones? No es tan fácil como parece el resolverlo categóricamente; pero citándose en muchas sentencias sus disposiciones, no tenemos inconveniente en admitirla; y á fin de concordarla con el principio general establecido en materia de prueba, segun el cual corresponde apreciarla á los jueces y Tribunales, no decimos en el artículo que son vicios que afecten á la validez de los documentos los que luégo se enumeran, sinó que pueden afectar á ella, lo cual queda á la apreciacion del Tribunal.

Los artículos citados de la ley del Notariado, referente á esta materia, dicen así:

«Los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana, y se escribirán con letra clara sin abreviaturas y sin blancos.» (Art. 25.)

«Serán nulas las adiciones, apostillas, entrerenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al fin de éstos, con aprobacion expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento.» (Art. 26.)

Artículo 1312.—Serán nulos los instrumentos públicos:

1.º Que contengan alguna disposicion á favor del Notario que los autorice.

2.º En que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesados, dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad, ó los parientes, escribientes ó criados del mismo Notario.

3.º Aquellos en que el Notario no dé fé del conocimiento de los otorgantes, ó no supla esta diligencia en la forma establecida en las leyes del Notariado, ó en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos, cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del Notario.

ORÍGENES

Art. 27, ley del Notariado.

COMENTARIO

Para los efectos del párrafo 3.º de este artículo se tendrá presente que para subsanar la falta de conocimiento de los interesados, en el artículo 23 de la propía ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 se dispone que los notarios darán fé en los instrumentos públicos de que conocen á las partes, ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, ó de otros dos que los conozcan, y que se llamarán, por tanto, testigos de conocimiento.

Tambien darán fé de la profesion y vecindad de los otorgantes.

En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia, y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento.

Artículo 1343.—No producirán efecto las disposiciones á favor de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del que autorizó el instrumento en que se hicieron.

ORÍGENES

Art. 28, ley del Notariado.

Artículo 1344.—Las escrituras autorizadas por Notario harán fé en la provincia en que resida.

Para hacerla en las demas provincias deberá ser legalizada la firma del Notario autorizante por otros dos Notarios del mismo partido judicial, ó por el V.º B.º del Juez de primera instancia, que pondrá el sello del Juzgado.

ORÍGENES

Art. 30, ley del Notariado.

§ II

De los instrumentos privados.

Artículo 1345.—Instrumento privado es el otorgado sin intervencion de Notario ni funcionario público. Si fuese reconocido por la parte á quien se opone, ó declarado debidamente por reconocido, tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo han suscrito y sus herederos ó causahabientes.

ORÍGENES

Leyes 114 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1322 Código Francia.—1320 Italia.—1972 Holanda.—980 Vaud.—1072 Neufchatel.—2239 Luisiana.—1366 Bolivia.—Leyes 25, tít. III, lib. XXII; 26, pár. 2.º, tít. III, lib. XVI; 24 y 26, tít. V, lib. XIII, Digesto; 11, tít. XVIII, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Marzo 1865.

Sent. 12 Junio 1867.

Sent. 24 Enero 1876.

Segun la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, para que exista la *conoscencia en juicio*, y que un documento presentado en él adquiera plena fuerza probatoria, es indispensable que sea reconocido por la parte contra la cual se produce (Sent. 11 Marzo 1863).

Las prescripciones de la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, se refieren á los contratos privados extendidos sin las formalidades que el derecho exige en los instrumentos públicos y solemnes, y no al modo con que han de extenderse las cartas procedentes de una correspondencia particular (Sent. 20 Mayo 1865).

Cuando no resulta de los documentos privados presentados en juicio la obligacion cuyo cumplimiento se reclama, no tiene aplicacion la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, que trata del valor ó fuerza probatoria de las *cartas* (Sentencia 4 Junio 1860).

El reconocimiento de un documento privado hecho por el que lo autorizó, no es la *conoscencia* de que habla la ley de Partida, ni puede

perjudicar á terceros interesados de quienes no era apoderado (Sent. 23 Mayo 1861).

Cuando la Sala sentenciadora no desconoce la autenticidad y validez de los documentos traidos al juício, sinó que los combina entre sí y con los demás datos procesales para deducir de su conjunto el verdadero derecho de los litigantes, no puede decirse que se infringe la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, que declara válidas las *cartas que fueren fechas en alguna de las maneras que señala* (Sents. 6 Junio 1865 y 16 y 17 Abril 1872).

Aunque los documentos privados hacen fé contra el que los firma, cuando los reconoce, como previene la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, esta doctrina no puede tener aplicacion á las cartas dotales, cuando perjudican á terceras personas, en cuyo caso la entrega de la dote debe justificarse por otro medio que no sea la simple confesion del marido que dice la recibió (Sent. 20 Junio 1865).

Si bien los documentos privados que han sido reconocidos bajo juramento ante autoridad judicial tienen fuerza ejecutiva, esto ha de entenderse y se entiende sin que por ello se dé en juício ordinario á tales títulos más fuerza, fe ni autoridad que la que por derecho tienen y deben tener cuando son impugnados por un tercero (Sent. 21 Octubre 1865).

Tampoco se infringen las leyes 111 y 114, título XVIII, Partida 3.ª, por la sentencia que sin desconocer la fuerza de los documentos públicos, declara sin fuerza de obligar las promesas y contratos contenidos en dichos documentos por las excepciones y pruebas de error, falsedad y engaño alegadas contra los mismos (Sentencia 8 Mayo 1869).

En la apreciacion de las pruebas no se infringe la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, que trata de las pruebas que se intentan por medio de *cartas que son fechas por otros omes que no son escribanos públicos*, si resulta que el demandado no revistió, en opinion de la Sala, los documentos de que hizo uso de los caractéres de autenticidad necesarios segun dicha ley para que deban valer en juício, ni tampoco las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, si no se da el hecho de haber confesado el recurrido la excepcion opuesta á su demanda (Sent. 28 Noviembre 1877).

COMENTARIO

Entiéndese por instrumento privado segun las leyes 114 y 119 toda carta *que non fuese fecha por mano de escribano público...* sinó *de aquel contra quien face la demanda é de otro que la oviese fecho por su mandado*. Para su validez en juício es preciso el reconocimiento de la parte contraria; sólo así puede probar contra quien se presenta y *valer bien assi como si fuese fecha por mano del escribano público*.

Bajo la denominacion de instrumentos privados se comprenden: 1.° Los pagarés ó vales en que una persona se confiesa deudora de cierta cantidad y se compromete á devolverla con el interes estipulado ó como si lo hubiere prometido. 2.° Los recibos ó resguardos dados por los acreedores á los deudores, confesando haber recibido la deuda. 3.° Los papeles ó escritos de convenio, firmados sólo por los contrayentes. 4.° Los libros de cuentas ó de asientos y los inventarios ó cuadernos donde consten privadamente los bienes que pertenecen á alguno ó que éste tiene á su cuidado. 5.° La correspondencia epistolar. Y 6.° Los documentos mercantiles.

Artículo 1346.—La persona á quien se oponga en juício una obligacion por escrito que aparezca firmada por él, está obligada á declarar si la firma es ó no suya.

ORÍGENES

Ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la primera parte de los artículos 1323 Cód. Francia.—1321 Italia.—1913 Holanda.—987 Vaud.—2240 Luisiana.—1368 Bolivia.—Lo mismo dispone la ley 4.ª, tít. XXX, lib. IV, Cód. Romano.

COENTARIO

Es precepto terminante de la ley 119 el contenido en este artículo. Los documentos privados necesitan, para ser eficaces, el reconocimiento de aquél contra quien se presentan; por consiguiente, sería inútil las más de las veces tal requisito, no obligando á aquél á declarar sobre si es ó no suya la firma puesta al pié de los mismos.

Artículo 1347.—Tiene fuerza legal todo documento privado escrito por el mismo, que en él se obliga con intervencion de testigos, cuando versa sobre cosa mueble ó

fungible, mas no si fuere sobre inmueble.

En cuanto á su fuerza probatoria, deberá tenerse presente lo prescrito en el art. 1336.

No puede oponerse, sin embargo, en juicio tal documento por acreedor pignoraticio contra una escritura pública en que consta la misma cosa empeñada á favor del que la presenta, como no esté firmado por el mismo deudor y tres testigos.

ORÍGENES

Leyes 114 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 31, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Las cartas privadas de que trata la ley 114, título XVIII, Partida 3.ª, son referentes al contrato de préstamo y á los de bienes muebles ó cosas fungibles, y de ninguna manera á los de permuta y venta de bienes sitos ó raíces, respecto de los cuales exige dicha ley que las escrituras se hagan por ante escribano público ó de otro, pero firmadas por buenos testigos (Sent. 5 Diciembre 1860).

Las leyes de Partida sobre la fuerza probatoria de los documentos privados han sido modificadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 8 Febrero 1858 y 26 Abril 1872).

Segun las leyes 114 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, para la validez y eficacia en juicio de los documentos privados se exige la posterior deposicion de testigos, áun la de aquellos presenciales del acto cuyos nombres aparezcan en el documento (Sent. 8 Febrero 1858).

La fuerza legal que concede la ley al documento privado, escrito por el mismo que se obliga, con intervencion de dos testigos, se le deniega cuando el mismo obligado es tambien favorecido (Sent. 3 Mayo 1858).

Los documentos privados exigen, para ser válidos y eficaces, la declaracion de los testigos instrumentales, y pueden ser objeto de contraprueba por testigos (Sent. id. id. id.).

La apreciacion de la eficacia y validacion de los documentos privados está sometida á la facultad que á los Tribunales concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencias idem id. id. y 26 Abril 1872).

Los documentos autorizados únicamente con la firma de los interesados sólo pueden probar en su caso contra éstos, pero no contra un tercero á quien perjudiquen en sus derechos é intereses (Sent. 15 Diciembre 1860).

Si bien un documento privado carece por sí solo, con arreglo á la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, de eficacia legal para acreditar la trasmision del dominio de los bienes inmuebles, *como quier que faga alguna presuncion*, y exige para esta clase de contratos el otorgamiento de escritura pública, esto no obsta ni se infringe dicha ley cuando se acredita la verdad del contenido del documento por virtud del reconocimiento del vendedor y de los testigos que en su otorgamiento intervinieron, revistiendo de este modo á aquel acto privado de la eficacia y solemnidad que le faltaba (Sentencia 28 Enero 1865).

Las leyes 114 y 119 citadas, al determinar los requisitos que deben tener los documentos privados para que pueda dárseles valor en juicio, se refieren á los que directamente producen una obligacion entre los contratantes, y no á los recibos justificativos de una cuenta, principalmente cuando no ha sido redargüida de falsa (Sent. 14 Febrero 1865).

Las leyes 114 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, al exigir para la validez y eficacia en juicio de los documentos privados el reconocimiento de los mismos por la parte que los suscribió, y en su defecto la declaracion de los testigos presenciales, caso de aparecer en dichos documentos, no excluye la de otros que tengan conocimiento del hecho en cuestion, ni tampoco los demás medios que el derecho tiene reconocidos (Sent. 12 Mayo 1865).

Sólo tratándose del valor comparativo de un documento privado en contraposicion con otro público, es cuando tiene aplicacion la ley 31, tít. XIII, Partida 5.ª (Sent. 20 Junio 1865).

No dándose por la ejecutoria fuerza y eficacia legal á un documento por los vicios que contenga, no se infringe la ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, que trata del valor de las cartas en que no hubiere falsedad ó mengua, como tampoco los arts. 280, 281 y 282 de la ley de Enjuiciamiento civil, que prescriben los requisitos que han de tener los documentos para ser eficaces en juicio (Sent. 30 Junio 1866).

Los documentos privados carecen por sí de la eficacia legal y fuerza probatoria necesaria que se requiere para darles entera fé en juicio (Sentencia 3 Diciembre 1866).

La ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, exige para la validez de un documento privado que lo haya

escrito ó mandado hacer el mismo contra quien se presenta (Sent. 18 Marzo 1867).

Los documentos privados que se comprueban por el dicho de los testigos que en ellos intervinieron, y declaran ser cierto su contenido, y que ademas no son redargüidos de falsos, aunque el obligado no se hubiese ratificado en ellos, por haber fallecido, hacen entera fé en juicio (Sent. 2 Marzo 1868).

Si la Sala sentenciadora no niega la importancia y valor de unos documentos, sinó que los aprecia con relacion á todas las otras pruebas practicadas, no se infringe la ley 114, título XVIII, Partida 3.ª, y artículos 279, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 6 Octubre 1874).

Si apreciadas todas las pruebas, y usando la Sala sentenciadora de las facultades que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, declara que la obligacion contenida en un documento privado es cierta, con esta apreciacion se invocan inútilmente las leyes 1.ª, título XIV, y 114 y 115, tít. XVIII, Partida 3.ª, y la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que dichas leyes, en su referencia á documentos privados, exigen para su validez y eficacia en juicio la posterior deposicion de los testigos presenciales que aparezcan en dichos documentos, y no excluyen la de otros que tengan conocimiento del hecho en cuestion, si se ha reconocido el documento de la obligacion por los testigos que la autorizaron, y el actor ha probado debidamente su intencion, á juicio de la Sala (Sent. 14 Abril 1875).

No puede apreciarse como infringida la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, que exige que los documentos privados hayan sido reconocidos por las partes para que hagan prueba, si resulta en autos que uno de los demandados reconoció la firma, y el otro, ademas de no negar el endoso, confesó el recibo del dinero (Sentencia 24 Enero 1877).

COMENTARIO

Declaran las Partidas que tiene fuerza legal todo documento privado escrito con intervencion de testigos, siempre que verse sobre cosa mueble ó fungible, porque, segun veremos más adelante, los contratos sobre bienes inmuebles tienen que hacerse por medio de escritura pública, pues la mayor entidad del objeto requiere mayores solemnidades en su trasmision. Ahora bien; tratándose de apreciar su fuerza probatoria, hay que estar á lo que estime el juez ó Tribunal, segun dejamos explicado al principio de este capítulo. Así lo declara el Tribunal Supremo, disponiendo, entre otras sentencias, en la de 26 de Abril de 1872, que la apreciacion de la eficacia y validacion de los documentos privados está sometida á la facultad que á los Tribunales concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El último párrafo del artículo está tomado de la ley 31, tít. XIII, Partida 3.ª, vigente segun el Tribunal Supremo cuando se trata del valor comparativo de un documento privado en contraposicion con otro público.

Con arreglo á su texto, no puede oponerse un documento privado en que consta una cosa empeñada, contra otro documento público en que aparece lo mismo á favor de distinta persona, á no ser que aquél esté firmado por el mismo deudor y tres testigos, lo cual en último caso corresponde á la apreciacion del juez.

Artículo 1348.—Siempre que se niegue ó ponga en duda la autenticidad de un documento privado, se procederá á hacer el cotejo del mismo, con otros indubitados, conforme á lo dispuesto en el art. 1340 respecto á los documentos públicos.

ORÍGENES

Arts. 287 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 2 Noviembre 1871.

Redargüido de falso por el demandado el documento privado deducido en apoyo de la demanda, no puede constituír plena prueba, por falta de los requisitos exigidos al efecto por las leyes 114 y 119, tít. XVIII, Partida 3.ª (Sentencia 14 Noviembre 1862).

La ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, que no tiene por prueba bastante para acreditar la autenticidad de un documento privado la de su cotejo con otros indubitados, se refiere al caso en que sea el mismo que lo formó quien lo haya negado (Sent. 9 Noviembre 1863).

Los arts. 287 y 290 de la ley de Enjuiciamiento civil ordenan que siempre que se niegue ó ponga en duda la autenticidad de un documento público ó privado, podrá pedirse el cotejo de letras, y que el juez hará por sí mismo la comprobacion, despues de oír á los peritos revisores, sin tener que sujetarse á su dictámen (Sent. 9 Noviembre 1863).

La ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, y la doctrina que fundada en ella ha sentado la Sala de Indias, al tratar del valor de los documentos privados y exigir su comprobacion por dos testigos buenos y sin sospecha, lo hacen en el concepto de que la persona por quien aparecen firmados niegue que la firma sea suya (Sentencia 9 Mayo 1863, 18 Octubre 1873 y 24 Octubre 1876).

La ley 114, tít. XVIII, Partida 3.ª, al tratar de los documentos firmados por dos testigos y exigir que otorguen ellos que así fué fecho el pleito como dice la carta, se refiere al caso en que el documento estuviese escrito por otro, y no al en que haya sido suscrito por el que contrae la obligacion (Sent. id. id. id.).

La ley 119 del título y Partida citados exige para la prueba de un documento privado el reconocimiento judicial del mismo por la parte que lo otorgó; y en el caso de que ésta lo negase, ó que por cualquier otro motivo dejara de hacerse dicho reconocimiento, la concurrencia de dos testigos de buena fama que aseguren habérselo visto escribir, ó mandar á otro que lo escribiese (Sent. 17 Noviembre 1864).

Negada la autenticidad de una firma puesta en un documento privado, es preciso recurrir á la prueba de peritos y testigos, que como subsidiaria prescribe la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, y apreciada dicha prueba por la Sala sentenciadora en uso de sus atribuciones, no se infringe esta ley ni la 114 del mismo título y Partida (Sent. 30 Junio 1865).

Si bien los documentos privados no reconocidos por el que los firmó no deben ser creidos, cuando son cotejados con indubitados ó examinados por inteligentes, son bastantes para constituir un dato probatorio, que la Sala puede apreciar en union con las demás pruebas (Sent. 5 Diciembre 1868).

Si bien la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.ª, dispone que el documento privado que niega le hubiere firmado aquél por quien aparece suscrito, si no se le demandara jura, no debe ser creido por virtud de cotejo con otro indubitado, á ménos que se pruebe por testigos buenos que le hayan visto firmar; es lo cierto que en esta parte ha sido modificada por el art. 287 de la ley de Enjuiciamiento civil, que admite como medio de prueba el cotejo de letras de los documentos públicos y privados, y por el 290, que deja á la apreciacion del juzgador el valor del dictámen de los peritos (Sent. 8 Julio 1872).

Segun las leyes 114 y 119, tít. XXII, Partida 3.ª, para que las cartas particulares prueben contra las personas á quienes se atribuyen, es menester que éstas las reconozcan, ó en otro caso que se pruebe con dos testigos *buenos y sin sospecha* que de su órden se extendieron, sin que dichas leyes determinen la forma y juicio en que han de prestar sus declaraciones; sobre lo cual establecieron lo conveniente otras leyes de Partida y la de Enjuiciamiento civil (Sentencias 11 Enero 1877 y 19 Junio 1878).

Las referidas leyes, sin embargo, han sido modificadas por la ley de Enjuiciamiento civil, y especialmente por el art. 287 de la misma, que admite como uno de los medios de prueba el cotejo de letras, segun tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo (Sentencia 30 Diciembre 1878).

COMENTARIO

Las leyes 117 y 119 de Partida dictaban algunas reglas para redargüir y probar la falsedad y falta de autenticidad de los documentos privados.

La primera exigía para ello la justificacion por medio de dos testigos de buena fama, de no hallarse presente aquél contra quien se oponen el día en que se otorgaran, del mismo modo que vimos disponía en cuanto á los documentos públicos áun cuando para probar la falsedad de éstos eran necesarios cuatro testigos.

La 119 no admite el cotejo de letras como prueba de la autenticidad de las *cartas* privadas, sinó la deposicion de dos testigos *buenos é sin sospecha*.

Estas leyes han sido modificadas por la de Enjuiciamiento civil, que declara procedente el cotejo de letras en el modo y forma que ya dejamos consignado al hablar de los documentos públicos, á cuyo lugar nos remitimos.

La jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo se expresa en este mismo sentido.

Artículo 1349.—Los asientos, registros y papeles privados prueban contra el que los suscribió, y no contra otras personas.

Apareciendo entre los papeles de un finado que otro le debe cierta cantidad y lo debido asciende á mucho más de lo que en aquél se expresa, no perjudica á los herederos tal omision para cobrar toda la deuda, siempre que la prueben; á no ser que de palabra ó por escrito constase que lo omitido fué con intencion de perdonarlo al deudor, en cuyo caso hace fe en juicio.

ORÍGENES

Ley 121, tít. XVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. XIX, lib. IV, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Las notas que carecen en sí de las formalidades legales de una obligacion escrita, no siendo además reconocidas en juício por el deudor, no son documentos eficaces para probar la constitucion de un depósito (Sent. 11 Marzo 1863).

Fallado un pleito por el conjunto de las pruebas practicadas, apreciando sus resultados y méritos, no puede alegarse como infringida la ley 121, tít. XVIII, Partida 3.ª, que niega valor en juício contra terceros á los asientos hechos por los interesados en sus cuadernos ó libros de cuentas, cuando tal medio de prueba no ha sido el único fundamento ó razon legal del fallo (Sent. 12 Marzo 1868).

No pueden calificarse de documento fehaciente y demostrativo de un contrato, papeles simples, sin firma, autorizacion ni formalidad alguna legal, y mucho ménos para constituír una verdadera liquidacion de cuentas corrientes entre dos interesados, cuando ademas de aquellos sustanciales defectos se limitan á indicar irregular y confusamente algunas partidas parciales que no abrazan ni expresan el resultado definitivo de aquéllas (Sent. 5 Junio 1871).

Adoleciendo de tales vicios esenciales los papeles presentados por el demandante, al prescindir de ellos la Sala sentenciadora no infringe la ley del contrato (Sent. 5 Junio 1871).

COMENTARIO

La ley 121, tít. XVIII, Partida 3.ª, habla del valor que tienen los asientos, registros y demas papeles domésticos, y dispone que no prueban contra otros que contra el que los suscribió; *ca seria cosa sin razon é contra derecho de aver ome poderio de facer á otros sus debdores por sus escrituras, cuando el se quisiese.* Tal es la regla que despues aplica al caso contenido en el segundo párrafo del artículo, y segun el cual, si una persona dejare dicho ó escrito al morir que otro le debía veinte, debiéndole en realidad cuarenta, los herederos de aquél pueden cobrar los cuarenta siempre que prueben ser eso lo debido, á no ser que de algun modo hubiere manifestado el que luégo murió que su intencion al omitir aquella parte de la deuda era la de perdonarla al deudor, en cuyo caso *sus herederos non le pueden demandar más*; porque la liberacion es más favorable que la obligacion.

Esta doctrina fué copiada de las leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. XIX, lib. IV, Código Romano, refundidas en la de Partidas. Son tan pocas las formalidades y solemnidades que reunen los asientos, registros y papeles domésticos, que no puede considerárseles como prueba bastante de la obligacion contraída por otras personas.

El Juez ó Tribunal son los que en último caso pueden apreciar su valor en vista del resultado de las pruebas suministradas por las partes.

SECCION TERCERA

DE LA CONFESION Y DEL JURAMENTO

§ I

De la confesion.

Artículo 1350.—La confesion de parte es judicial ó extrajudicial.

Es judicial la declaracion que la parte hace en juício por sí ó por medio de su procurador, á presencia del juez y de escribano, bajo juramento y con arreglo á derecho; y extrajudicial la que se hace fuera de juício, de modo que no tenga por objeto servir de prueba sobre el hecho litigioso.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 3.ª y 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª
Art. 292, ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte y primer párrafo de la segunda con los arts. 1354 y 1356, en su principio, Cód. Francia.—1355 y 1359 id. Italia.—1960 Holanda.—1006 y 1008 idem Vaud.—1103 y 1104 id. Neufchatel.—2268 y 2270 id. Luisiana.—Ley 116 *de regulis juris*; única de *confessis* Cód. Romano; 1.ª á 6.ª, título II, lib. XLII, y 58, tít. I, lib. XXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 5 Abril 1869.

La conoscencia que tiene por la ley el valor de prueba perfecta y acabada, es la confesion judicial explícita y absoluta, y no aquélla que se limita á un extremo de la demanda, negando al propio tiempo la certeza de los demas que de una manera *individua* constituyen la base esencial de la accion deducida (Sent. 16 Abril 1866).

Constituye una verdadera conoscencia el reconocimiento de una cuenta hecha en juicio y bajo juramento (Sent. 26 Mayo 1866).

No aumenta su eficacia el reconocimiento pedido en juicio á los testamentarios del deudor, pues no tratándose de un adeudo de los mismos, sinó de un tercero, su reconocimiento, áun siendo terminante y absoluto, no constituirá *conoscencia* en juicio; y ademas, no tratándose de un hecho propio, y limitándose su reconocimiento á manifestar que la letra se *parece* á la del testador, no constituye testimonio de hecho, sinó meramente de creencia (Sentencia 11 Marzo 1863).

Si segun el tenor de la sentencia no resulta en los autos confesion judicial ni extrajudicial del demandante, y ménos confirmada por testigos, no tiene aplicacion ni puede considerarse infringida la ley de Partida que da valor á la *conoscencia* en juício (Sent. 27 Octubre 1873).

Para que exista verdadera confesion es menester que sea dada en juicio, y estando delante la parte que la pide, ó como la define la ley 1.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, «conoscencia es respuesta de otorgamiento que face la una parte á la otra en juicio.» (Sent. 29 Enero 1873.)

La cita de las leyes 2.ª y 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que tratan respectivamente del valor de la *conoscencia judicial y extrajudicial*, carece de oportunidad en pleito en que la parte recurrida ni judicial ni extrajudicialmente reconoció en perjuício de su derecho los que alegan los recurrentes (Sent. 26 Junio 1876).

COMENTARIO

Conoscencia es respuesta de otorgamiento que face la una parte á la otra en juicio, dice la ley 1.ª, tít. XIII de la Partida 3.ª Puédela hacer el mayor de veinticinco años ó su procurador, mediante poder para ello.

La *conoscencia* ó confesion se divide en judicial y extrajudicial: *la primera es la que face ome en juicio, estando su contendor delante. La segunda, aquella que face un ome á otro sin premio, non estando en juicio con el.* De ésta dice la ley 7.ª que *no le empece la conoscencia que así fizo*; de manera que la confesion judicial es la que únicamente puede ser comprendida entre los medios de prueba.

En la ley de Enjuiciamiento civil se dispone que debe hacerse bajo juramento; requisito que hemos consignado en la definicion.

El Tribunal Supremo ha declarado que por confesion judicial no puede entenderse otra manifestacion que no sea hecha en conformidad á las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XVIII, Partida 3.ª y al art. 292 de la ley de Enjuiciamiento civil. Como veremos en los siguientes artículos, no existe entre ésta y aquéllas la diferencia que en otros medios de prueba hemos encontrado.

Artículo 1351.—Todo litigante está obligado á declarar, bajo juramento, en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citacion para definitiva, cuando así lo exigiere el contrario.

ORÍGENES

Art. 292, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 25 Mayo 1870.

Si bien la confesion judicial es uno de los medios probatorios consignados en la ley de Enjuiciamiento civil, y con arreglo al art. 292 de la misma «todo litigante está obligado á declarar, bajo juramento, en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citacion para definitiva, cuando así lo exigiere el contrario,» este precepto ó regla general es, se entiende y se aplica sin perjuicio de las excepciones que para casos determinados establece dicha ley (Sent. 19 Diciembre 1863).

COMENTARIO

Constituyendo la confesion judicial uno de los medios de prueba más atendibles para averiguar la verdad de los hechos á lo ménos en materia civil, y en muchas ocasiones el único á que puede acudirse, por no haber otra clase de pruebas, de nada podría servir si los litigantes pudieran excusarse de prestar declaracion siempre que el juez la acordase como oportuna, ó fuera útil á los derechos de la parte contraria. Hé aquí por qué la ley de Enjuiciamiento civil hace obligatoria la confesion judicial en cualquier estado del juicio que se exija despues de la contestacion á la demanda hasta la citacion para definitiva.

Artículo 1352.—La confesion judicial debe ser expresa, afirmando ó negando.

Se considerará valedera, teniéndose por confeso al litigante, cuando la hiciere de otro modo ó se negare á declarar, ó concurrieren otras circunstancias previstas en las leyes procesales.

ORÍGENES

Léy 3.ª, tít. XIII, Partida 3.ª

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. IX, lib. X, Nov. Rec.

Arts. 293 y siguientes, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

La declaracion de darse por confesa á una parte, por su rebeldía en no comparecer á declarar, no tiene valor hasta que queda firme, y surte sus efectos con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 9 Diciembre 1864).

Si el motivo de casacion se reduce á dar por sentado que la sentencia se funda solamente en la declaracion de hallarse confeso en rebeldía el demandado, cuando éste mismo reconoció la obligacion, en el hecho de proponer como excepcion la novacion del contrato, falta la base para la infraccion de las leyes 3.ª, 4.ª y 6.ª, título XIII, Partida 3.ª, y art. 292 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 14 Mayo 1875).

Cualquiera que sea la inexactitud en que se incurra al contestar las posiciones, no puede dar lugar á que se haya por confeso el litigante, sin ser convencido claramente de que *á sabiendas se perjuró* (Sent. 21 Setiembre 1867).

COMENTARIO

Una vez impuesta á todo litigante la obligacion de declarar en cualquier estado del juicio, era natural se le exigiera hacerlo de un modo expreso, afirmando ó negando, pues de otro modo ningun efecto surtiría aquella obligacion legal, desde el momento en que el litigante pudiera excusar su declaracion contestando con frases confusas y evasivas. Por esta razon, las leyes citadas tienen por confesa á la parte que al declarar no lo hace de un modo claro y expreso.

Conforme á esta doctrina, han dividido los autores la confesion en expresa y tácita, segun que se verifique por medio de palabras que manifiesten clara y positivamente lo que se dice, ó que por algun hecho, tal como abandonar el pleito, por negarse á declarar, por no comparecer para ello, etc., se tenga al litigante por confeso.

Lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil en esta materia, en un todo conforme con lo expuesto, es lo siguiente:

«Las contestaciones deberán ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar el que las dé las explicaciones que estime convenientes, ó las que el juez pida.

Si se negare á declarar, el juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso, si persiste en su negativa.

Si las respuestas fueren evasivas, el juez le apercibirá igualmente de tenerle por confeso sobre los hechos respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes.» (Artículo 295.)

Si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa; si rehusare declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso, si se pidiere, inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva. (Art. 297.)

De toda confesion judicial se dará vista sin dilacion al que la hubiere solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso y sobre el cual no se haya respondido categóricamente, ó que se declare confeso al colitigante, si se halla en alguno de los casos de que habla el artículo precedente.» (Artículo 298.)

Algo más dice la ley sobre esta materia, pero es puramente relativo al procedimiento. En lo que de ella se ha expuesto, puede basarse otra de las divisiones de la confesion expresa hecha por los autores en simple y cualificada. Es simple la que se hace afirmando llanamente la verdad de los hechos preguntados, y cualificada aquella en que se reconoce el hecho, pero añadiendo circunstancias que modifican ó destruyen la intencion de la parte contraria.

Esta última se divide á la vez en dividua é individua, segun que las circunstancias ó modificaciones añadidas sean separables ó inseparables del hecho modificado. En el primer caso cabe admitir la confesion en parte, y en parte desecharla; mas en el segundo, no siendo posible separar la circunstancia añadida, el litigante que quiera aprovecharse de los efectos de la confesion, debe probar la falsedad de aquella circunstancia.

Artículo 1653.—La confesion hecha en juício constituye plena prueba contra el confesante.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. VII, lib. II, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con los mismos Códigos citados en segundo lugar en el artículo anterior y con las mismas leyes romanas.

JURISPRUDENCIA

Cuando se anula un contrato confesado judicialmente, por no ser del contratante los bienes sobre que versó, no se infringe la ley de Partida que califica de plena prueba la confesion (Sent. 25 Enero 1866).

La sentencia que no acepta la confesion de parte como prueba bastante, infringe las leyes que la reconocen como tal (Sent. 25 Setiembre 1859).

La ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que determina la fuerza que há la conoscencia, no es aplicable al caso de confesion extrajudicial, sinó al de confesion judicial hecha con las formalidades de derecho (Sent. 4 Junio 1860).

La confesion de una parte absolviendo posiciones debe recaer sobre hechos propios de que el absolvente pueda tener completo conocimiento, para darle la eficacia de la *conoscencia* de la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª (Sent. 20 Marzo 1861).

El confesante que al reconocer el hecho por el que se le pregunta añade otro distinto acerca del cual no fué interrogado, tiene obligacion de acreditar el segundo, para que no le perjudique el primero (Sent. 25 Enero 1861).

Si bien es cierto que la conoscencia ó confesion judicial es el medio probatorio á que los Tribunales no pueden negar el valor que el derecho concede, cuando esta conoscencia no es la que á las leyes se refieren, estas leyes no son aplicables á la cuestion, y por tanto no pueden considerarse como infringidas (Sents. 20 Junio 1862 y 11 Junio 1864).

A lo que expone ó manifiesta un litigante en

sus escritos no puede darse el valor ni la fuerza de la conoscencia ó confesion hecha en juicio y *ante su contendor* (Sents. 5 Febrero 1863, 20 Junio 1865, 26 Enero 1866, 21 Setiembre 1867, 11 Julio 1868 y 29 Marzo 1875).

La confesion judicial que no reune los requisitos consignados en la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, no es la conoscencia de que habla dicha ley; y aunque concurriesen, dicha confesion, si bien relevaría al acreedor de la prueba del hecho confesado y surtiría todos sus efectos contra el que la hizo, no constituiría prueba en perjuicio de los derechos legítimos y anteriores de un tercero (Sent. 6 Febrero 1863).

Confesado un hecho por el demandado al absolver las posiciones que el demandante le presente, no hay términos hábiles para suponer violada la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª; porque esta ley parte del principio de que ha de haber conoscencia (Sent. 29 Abril 1863).

Como la manifestacion más ó ménos explícita de la parte demandada, y el resultado que haya podido producir, no son la confesion judicial de la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que determina la *fuerza que há la conoscencia que face la parte en juicio estando su contendor delante*, al prescindirse de esa manifestacion no se infringe la citada ley de Partida (Sent. 27 Noviembre 1863).

Cuando el demandado niega constantemente ser suya la firma del pagaré objeto del litigio, y haber recibido la cantidad de dinero que en el mismo se expresa, no pueden invocarse oportunamente como fundamento de casacion las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, segun las que «las confesiones hechas en juicio producen plena prueba,» ni tampoco la doctrina que de las mismas se deriva (Sent. 14 Mayo 1864).

No haciéndose valer en los autos que al no dar valor á lo expuesto en un escrito se desconoce una manifestacion que debe reputarse como verdadera confesion judicial, no puede deducirse despues que se han contrariado las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, ni la 1.ª, tít. VI, lib. XI, de la Nov. Rec. (Sentencia 24 Diciembre 1864).

La conoscencia de que hablan la ley 3.ª, título X, y 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, debe ser hecha despues de comenzado el pleito por demanda y por respuesta, y contestando á pregunta directa del colitigante (Sent. 31 Diciembre 1864).

Cuando el confesante, léjos de reconocer el hecho por que se le pregunta, lo niega terminantemente, la sentencia que prescinde de ese hecho considerándolo como no exacto, no infringe la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, relativa al valor de la *conoscencia* (Sent. 28 Enero 1865).

La confesion hecha en juicio sólo perjudica al que la hace, pero no á terceras personas (Sent. 7 Mayo 1865).

Si bien la *conoscencia* ó confesion judicial es un medio probatorio á que los Tribunales no pueden negar el valor que el derecho concede, no existe tal conoscencia cuando la parte demandada no confiesa el hecho que se intenta hacer valer. En este caso no se infringen las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, ni el art. 310 de la de Enjuiciamiento civil (Sents. 9 Octubre y 23 Diciembre 1865).

Si bien la confesion hecha en juicio, con las solemnidades prevenidas en derecho, es bastante prueba contra el confesante, cuando faltan algunas de dichas solemnidades, y por ella pueden quedar lastimados los derechos de un tercero, necesario es conceder á éste el ejercicio de los demás medios probatorios que la ley reconoce, para atenuar ó anular los efectos de aquélla (Sent. 28 Abril 1866).

Al prescindir la Sala sentenciadora del resultado de una confesion judicial y de una prueba documental que justifica que uno no tiene la posesion ó tenencia que las leyes exigen para ejercitar la accion reivindicatoria, infringe la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que declara la fuerza *que há la conoscencia que face la parte en juicio*, y la 114, tít. XVIII, de la misma Partida, que declara la fuerza de los documentos públicos (Sent. 1.º Diciembre 1866).

No existiendo confesion judicial, no puede decirse que se ha desconocido el valor que á este medio probatorio da la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, la cual no tiene entónces aplicacion (Sents. 23 Mayo 1867, 15 Enero 1869, 14 Mayo y 3 Julio 1875).

Cuando la Sala sentenciadora, al apreciar la prueba para dictar el fallo, no se limite á la confesion en juicio del demandado, que no es expresa, sinó que hace extensiva su apreciacion al resultado en conjunto de todas las pruebas practicadas, no se infringe la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que considera como prueba plena la confesion hecha en juicio (Sent. 25 Noviembre 1868).

La conoscencia, que segun la ley 2.ª, título XIII, Partida 3.ª, tiene el valor de prueba perfecta y acabada, es la confesion judicial, explícita y absoluta acerca de un punto indivisible

por su naturaleza (Sents. 5 Enero 1867 y 22 Junio 1878).

La ley 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que determina la fuerza que *há la conoscencia*, se refiere solo á los *contendores*, y de ningun modo á lo que haya declarado el que no contiende ó litiga (Sent. 4 Mayo 1868).

La sentencia que prescinde de la confesion hecha en juicio por uno de los litigantes, infringe la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª (Sent. 8 Julio 1871).

Las leyes que tratan de la fuerza que tiene la conoscencia, la suponen probada (Sents. 31 Enero 1871 y 14 Diciembre 1872).

Tales leyes no tienen aplicacion cuando la confesion no la hace el demandante sinó un tercero (Sent. 14 Febrero 1871).

Tampoco la tienen cuando la declaracion que una persona hace no es una verdadera confesion en juicio (Sent. 3 Marzo 1871).

No habiendo de parte del demandado la verdadera conoscencia que explica la ley de Partida, la sentencia que no la da valor no infringe la 2.ª, tít. XIII, de la 3.ª, y doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sent. 11 Enero 1872).

La ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, hay que combinarla con la ley 4.ª del mismo título y Partida que determina las muchas cosas *que há menester en sí la conoscencia para tener daño aquel que la face é pro á su contendor.* (Sent. 16 Abril 1872).

La conoscencia ó confesion judicial á que se refiere la ley 2.ª, tit. XIII, Partida 3.ª, y jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo, ha de ser prestada por una de las partes litigantes y en su propio perjuicio, no pudiendo, por tanto, calificarse de tal la declaracion dada á instancia del demandante por un tercero que no ha litigado en los autos (Sent. 6 Junio 1873).

Si la declaracion jurada de la demandante recayó sobre el objeto y la intencion de los contrayentes para preservar recíprocamente sus derechos, y no sobre extremo alguno que se halle en contradiccion con el contexto de la escritura, no se infringe la ley del contrato, ni la 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que trata de la confesion judicial, la que se cita inoportunamente (Sent. 24 Junio 1875).

La ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, es inaplicable al pleito en que no se litigó sobre la autenticidad del documento reconocido por el demandante, sinó su valor legal como memoria testamentaria (Sent. 30 Junio 1876).

Si habiéndose suministrado por la parte actora prueba documental, pericial y de testigos, las apreció todas en conjunto la Sala, siendo un supuesto del recurrente el que apreciase como conoscencia la declaracion que prestó una persona que no litigaba, para reconocer la firma que obra al final de un documento privado, fundamento de la accion, tiene perfecta aplicacion al caso de la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª y la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que la confesion en juicio sólo constituye prueba contra el que la hace, las cuales, por tanto no se infringen al aplicarlas Sent. 5 Marzo 1877).

Si el demandado no ha confesado que deba lo que en la demanda se le pide, al absolverle de dicha demanda no se infringen las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, ni la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre el valor en juicio de la conoscencia (Sent. 8 Marzo 1877).

Si en los resultandos de la sentencia recurrida no se hace mérito de la conoscencia ó confesion que se dice hecha por el demandado, á quien sin embargo se condena al pago de lo que se pidió en la demanda, no son aplicables al caso, y por tanto no pueden ser infringidas, la ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, ni la doctrina que sobre el valor de la conoscencia ha sentado el Tribunal Supremo (Sent. 28 Junio 1877).

Aparte de que la disposicion de las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, de «que se haga la confesion estando presente la parte contraria ó su procurador» está derogada por la ley 2.ª, título IX, lib. XI de la Nov. Rec.; si la apreciacion de la Sala ha sido resultado del exámen del conjunto de las pruebas, y no sólo de la confesion, no se infringen las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª (Sent. 8 Noviembre 1877).

La ley 2.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, no se infringe cuando la Sala sentenciadora da á la confesion el valor jurídico que realmente tiene (Sent. 24 Noviembre 1877).

COMENTARIO

Grande es la fuerza que há la conoscencia que face la parte en juicio, estando su contendor delante; por lo cual declaran las Partidas que el juez ante quien se hace pueda fallar el pleito por ella en cualquier estado que se halle.

El Fuero Real se explica en el mismo sentido diciendo que no se necesita otra prueba si el demandado confiesa la deuda ó reconoce el hecho, porque su «conoscencia vale tanto como si le fuese probado por pruebas ó por carta.»

La ley de Enjuiciamiento civil no se separa gran cosa de estas disposiciones: segun el artículo 294, «estas declaraciones podrán hacerse á eleccion del que las pidiere, bajo juramento decisorio ó indecisorio.

En el primer caso harán prueba plena, no obstante, cualesquiera otras.

En el segundo, no perjudicarán más que al que declare.»

Por último, el Tribunal Supremo, reconociendo que no hay medio de prueba que mejor pueda justificar la verdad de los hechos aducidos en juicio como la confesion de aquél á quien perjudican, ha confirmado tambien la doctrina de nuestro artículo en sentencia de 25 de Febrero de 1861.

Artículo 1354.—Para que la confesion judicial produzca el efecto del artículo anterior es preciso:

1.º Que el que la hace sea mayor de veinticinco años, ó que si es menor ó incapacitado intervenga su curador, sin perjuicio del beneficio de restitucion en su caso.

2.º Que sea libre y no arrancada por engaño, miedo, fuerza, ni por otra coaccion física ó moral.

3.º Que se haga á sabiendas y no por error, el cual deberá ser probado si mediare.

4.º Que se haga contra sí mismo y no contra otro.

5.º Que recaiga sobre cosa cierta y no contraríe á la naturaleza y las leyes.

La confesion hecha contra otro nada vale, á no existir otras pruebas.

Será válida la que se ratificare despues de haberse hecho por fuerza, miedo ó engaño.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. XIII, Partida 3.ª

Sent. del Tribunal Supremo 26 Mayo 1866.

Ley 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª

Ley 2.ª, tit. VII, lib. II, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con las leyes 2.ª, tít. II, lib. XLII; 15, tít. I, lib. II, Digesto, y 116, párrafo 2.º, *de regulis juris*.

JURISPRUDENCIA

Sent. 8 Noviembre 1876.

Sent. 13 Noviembre 1866.

Sent. 20 Abril 1871.

Sent. 4 Octubre 1860.

Sent. 7 Marzo 1878.

Cuando no se prueba que hay yerro en la conoscencia, la sentencia que condena al pago de lo convenido no infringe la ley 5.ª, tit. XIII, Partida 3.ª, ni la única del Código *de errore calculi* (Sent. 26 Mayo 1866).

Cuando para dictar una sentencia no se han considerado las *cartas* ó documentos privados como *conoscencias*, no puede tener aplicacion á dicha sentencia y por tanto considerarse como infringidas las leyes 4.ª y 6.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que tratan de los requisitos esenciales para la validez legal de las *conoscencias* (Sent. 29 Octubre 1862).

La sentencia que para fijar la naturaleza de ciertos bienes atiende principalmente á la confesion hecha en juicio vaga é indeterminadamente, infringe la ley 4.ª, tit. XIII, Partida 3.ª (Sent. 4 Octubre 1860).

La confesion á que se refieren las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, sólo tiene lugar sobre su cosa, cuantía ó fecho; pero no sobre la calificacion legal de una obligacion que consta de documento (Sent. 12 Julio 1869).

No puede reputarse confesion judicial la declaracion que carece del requisito de haberse realizado con perfecta seguridad sobre un hecho puramente personal, y en perjuicio exclusivo del confesante, y que además se halla destituída de todas las condiciones necesarias de credibilidad y aprecio, mediante á estar en abierta contradiccion con todas las alegaciones y pruebas admitidas anteriormente por el confesante y retractada de lleno por sus afirmaciones y pretensiones posteriores (Sent. 15 Marzo 1870).

Cuando no ha sido objeto de discusion en el pleito la confesion de uno de los litigantes, no son aplicables el caso, ni pueden invocarse como motivos de casacion las leyes 2.ª y 5.ª, título XIII, Partida 3.ª (Sent. 3 Mayo 1870).

Las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que tratan del valor de la *conoscencia*, parten de las reglas establecidas en la 1.ª del mismo título y Partida, segun la cual la *conoscencia* debe hacerse en juicio, y la que se ejecuta por *personero* requiere que éste tenga poder especial y que sea además ratificada despues por su poderdante (Sent. 24 Setiembre 1873).

La confesion judicial, cuando reune los requisitos que las leyes 2.ª y 4.ª, tit. XIII, Partida

3.ª, exigen, tiene tal fuerza, que sobre ella pueden fallarse los pleitos (Sent. 2 Octubre 1876).

La apreciacion de la confesion judicial no es una cuestion de hecho de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora, sinó por el contrario, es una cuestion de derecho que debe subordinarse á las reglas que dichas leyes de Partida establecen (Sent. id. id. id.).

No puede estimarse la infraccion de las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que establecen las condiciones de la conoscencia y su fuerza probatoria, cuando no se expresa el concepto en que se han infringido; siendo además inaplicables dichas leyes cuando no se empleó solamente dicho medio de prueba, sinó tambien el de documentos y peritos (Sent. 24 Enero 1877).

COMENTARIO

Para que la confesion judicial haga fe en juício contra el confesante, debe reunir una porcion de requisitos sin los cuales las leyes no le dan fuerza.

Ya dejamos dicho en comentarios anteriores que el confesante ha de ser mayor de veinticinco años; mas la ley 1.ª añade que, no siéndolo, debe intervenir su curador, sin perjuício del beneficio de restitucion que podrá ejercitarse en los casos, modo y forma estudiados al tratar de la rescision de las obligaciones.

Es nula la confesion arrancada por miedo, fuerza, dádiva, promesa, etc.; porque léjos de probar la verdad de los hechos, produce el efecto contrario las más de las veces. Tanto la ley 4.ª como la 5.ª sientan esta doctrina; pero declara ésta válida la confesion que fuere ratificada despues de haber mediado aquellos vicios, porque tal ratificacion constituye verdadera *conoscencia*.

Otra de las condiciones que debe reunir este medio probatorio es el que se lleve á cabo con ciencia cierta, y no por error ó equivocacion. No perjudica al confesante lo que confesó por error, pero tiene que probar su existencia, porque de otro modo hace prueba contra él. De aquí se deduce que el descubrimiento del error tiene que ser posterior á la confesion, pues de ser anterior se infiere que se ratifica lo declarado.

Nada vale esta prueba cuando se hace en provecho propio; tiene que hacerse contra sí mismo, y de hacerla contra otras personas es menester añadir otras pruebas para que produzca efecto. Así lo prescribe el Fuero Real, confirmando lo dispuesto por la ley 4.ª de Partidas.

La confesion debe recaer sobre cosas ciertas y determinadas, requisito derivado de la obligacion impuesta al confesante de afirmar ó negar el hecho propuesto por el contrario; pues de poco serviría que éste demandase cierta cantidad y exigiese confesion de ella al deudor; si éste reconocía la deuda de una cantidad sin decir á cuánto ascendía, el juez debe apremiarle en este caso á que conteste categóricamente.

Por último, la confesion no debe ser contraria á la naturaleza ni á las leyes; precepto que si bien las Partidas lo explican por medio de ejemplos, no hace falta que recurramos á ellos para comprender cuándo lo confesado se opone á las leyes inalterables de la naturaleza, ó á lo que prescribe el legislador por razon de órden público y gobierno de la sociedad.

Las Partidas exigen ademas que la confesion se haga en juício y ante la parte contraria ó su apoderado, y la Nov. Rec. (leyes 4.ª y 5.ª, título XXVIII, lib. XI) que se haga ante juez competente. No creemos necesario reproducir este precepto, porque siempre el juez que conozca del pleito será ante quien deba hacerse la confesion, y la ley de Enjuiciamiento es la que establece las reglas de competencia de jurisdiccion. Su art. 298 ha dejado fuera de práctica tambien el que la confesion se haga ante la parte contraria, porque aquél prescribe que «de toda confesion judicial se dará parte sin dilacion al que la hubiera solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso,» etc.

Artículo 1355.—La confesion extrajudicial no constituye prueba plena.

La constituirá no obstante:

1.° Cuando se hiciere ante dos testigos y la parte contraria, claramente, con expresion de cantidad, cosa y razon, si el confesante no probara que despues cumplió lo prometido ó fué quito de ello por el acreedor.

2.° Cuando se hiciere contra los herederos declarando por última voluntad alguna deuda á favor de un hijo ó de otra persona, siempre que no ascienda aquélla á más de lo que podía el hijo heredar con arreglo á la ley, en cuyo caso será nula dicha deuda en cuanto al exceso si aquél no probara hallarse legítimamente constituída á su favor.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª
Leyes 19, 20 y 21, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 3.ª
Ley 2.ª, tít. VII, lib. II, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

Aunque la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, declara que la *conoscencia* hecha fuera de juício no debe valer, esta ley no puede ser aplicable cuando la Sala sentenciadora no juzga sólo por el mérito de dicha confesion extrajudicial, sinó por el conjunto de las diversas pruebas reunidas en los autos (Sent. 16 Diciembre 1864).

No puede tener aplicacion la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que establece que «non debe valer la conoscencia que es fecha fuera de juicio,» ni las doctrinas referentes á que no son valederos los contratos simulados, y á que se atienda siempre á la voluntad de los contrayentes, cuando no consta que el contrato sea simulado, ni que la voluntad de los otorgantes sea otra que la consignada en él, ántes bien su legitimidad consta por repetidos actos del mismo que solicite la nulidad (Sent. 3 Febrero 1871).

No habiendo confesado en juício la demandante que la deuda de su marido se hubiese convertido en su provecho, no se quebranta por la sentencia qne absuelve al demandado la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, que ordena que la *conoscencia que fuere fecha fuera de juício non debe valer* (Sent. 21 Abril 1874).

Dicha ley, léjos de ordenar que la confesion hecha fuera de juício tenga fuerza de prueba, declara, por el contrario, que no debe valer; y áun suponiéndola vigente, no tiene aplicacion al caso en que la sentencia nada resuelve sobre confesion judicial ni extrajudicial de ninguno de los litigantes (Sent. 17 Mayo 1876).

No tratándose de una confesion extrajudicial de la deudora, sinó de una obligacion escrita y autorizada por testigos que han reconocido su certeza, no puede tener aplicacion la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª (Sent. 14 Abril 1875).

COMENTARIO

Es precepto terminante del Fuero Real que *toda conoscencia fecha fuera de juício no vala.* La ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª, tampoco da fuerza á esta confesion; mas tanto estas leyes como otras de Partidas apuntadas en los orígenes, señalan algunos casos de excepcion á aquel precepto. Tales son los que se hallen numerados en el artículo y que por las solemnidades que reunen y el tiempo en que se hacen los concede fuerza probatoria el legislador.

Debe, sin embargo, tenerse presente que la confesion de deuda hecha por el testador á favor de un hijo, se considera nula en todo lo que exceda de la legítima que éste tiene derecho á recibir, si no probare que el padre le debía lo que confesó; pues de otro modo se considera hecha en fraude de la ley, y no prueba contra los herederos.

§ II

Del juramento judicial.

Artículo 1356.—El juramento deberá prestarse para probar las obligaciones en todos los casos que señalan las leyes.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XI, Partida 3.ª
Ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

Este medio probatorio, á que las leyes antiguas daban tanta importancia, ha perdido hoy gran parte de su fuerza. Las distintas ideas de la época, lo mucho que han variado las circunstancias, y las doctrinas que dominan en las legislaciones modernas, son las que han motivado aquel cambio.

La ley de Enjuiciamiento civil, al enumerar los distintos medios de prueba de que puede hacerse uso en juício, no cuenta entre ellos el juramento; mas esto no quita que lo exija en algunos casos. Sus disposiciones, segun hemos dicho varias veces en comentarios ante-

riores, y ha repetido el Tribunal Supremo, han modificado esencialmente lo prescrito en materia de pruebas por las Partidas y Nov. Rec., y sin embargo todavía se citan muchas de sus leyes por autores y sentencias.

En vista de ello, pondremos á continuacion lo que respecto al juramento dispone la ley 1.ª, tít. XI, Partida 3.ª

Jura es averiguamiento que se face, nombrando á Dios, ó á alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es assi ó lo niega. En una palabra: puede decirse que juramento es afirmacion de verdad, y, por tanto, mediante él pueden probarse las cosas que de otro modo no es posible el hacerlo. Lo que despues dice la ley respecto á que debe jurarse por Dios, por la Vírgen, los santos, etc., no tiene hoy aplicacion.

Por lo que toca á la ley de Enjuiciamiento civil, son varios los casos en que ésta exige el juramento, más como formalidad que como prueba; tal sucede al prestar declaracion los testigos, al hacer la confesion exigida por la parte contraria, y otros tantos que no nos incumbe estudiar.

Artículo 1357.—Las declaraciones en juicio podrán hacerse, á eleccion del que las pidiere, bajo juramento decisorio ó indecisorio.

En el primer caso harán prueba plena, no obstante, cualesquiera otros.

En el segundo, no perjudicarán más que al que declare.

ORÍGENES

Art. 294, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

El juramento decisorio no es bastante para determinar en definitiva acerca de los extremos á que se contrae (Sent. 12 Noviembre 1858).

COMENTARIO

Con arreglo á lo dispuesto en este artículo, el juramento puede ser decisorio ó indecisorio. Es decisorio aquel en que una parte se obliga á pasar por lo que otra jure, é indecisorio el que no obliga al que lo exige más que por lo que á él le convenga. En el primer caso, puesto que á ambas partes obliga, hace prueba plena, y en el segundo solamente perjudica al declarante.

Esta distincion se halla admitida por la ley 2.ª, tít. XI, Partida 3.ª, entre las varias especies de juramento que la misma señala.

Segun ella, el juramento puede ser de tres maneras: *Ca ó es jura de voluntad, ó de premia, ó de juicio.* El primero es el que presta fuera de juicio una parte á la otra que se le ofrece, sometiéndose á lo que aquél jure sobre la cuestion litigiosa. Ningun litigante está obligado á prestarle; pero, una vez hecho, «debe librarse pleito por él, como si fuere hecho en juicio.» El segundo, llamado necesario, es el exigido por el juez de oficio, ó á instancia de parte á un litigante bajo tal precision, que si lo resiste se le tiene por convicto. Dícese necesario, ó *jura de premia*, porque la parte á quien se exige no puede excusarse de prestarlo; pues si no lo hiciere, *debe ser dado por vencido de aquel pleito.* Esta clase de juramento puede tener lugar en los casos de robo, fuerza y engaño, cuando no pudiéndose probar la cuantía de las cosas por ello perdidas, las aprecia el juez atendida la calidad de la persona, y defiere al juramento. *La tercera manera de jura, que llaman de juicio*, es la que se hace en él por haberlo deferido un litigante á otro con aprobacion del juez, obligándose el primero á aceptar lo que el segundo jurase. El litigante á quien se defiere el juramento puede rehusarlo y deferirlo al que lo ofrece, el cual no puede rehusarlo del mismo modo, porque *despues que él quiso que el pleito se librase por jura, convidando con ella á su contendor, si el otro le tornare á él, non la puede refusar.*

Tal es la doctrina de la ley de Partidas. Con arreglo á ella dividen los autores el juramento en decisorio del pleito y estimatorio, ó decisorio en el pleito. Decisorio del pleito es el que defiere una parte á la otra, obligándose á pasar por lo que ésta jure; estimatorio ó decisorio en el pleito, el que por falta de prueba exige el juez al actor sobre el valor de la cosa, ó sobre el que le corresponda, dada la estima que de ella hacía por su mayor afeccion, ó sobre perjuicios sufridos.

El juramento decisorio del pleito lo dividen en voluntario, necesario y judicial, que son los señalados en la ley de Partidas, cuyas distinciones han perdido gran fuerza y mucha parte de interes, por lo cual basta con lo dicho para no desconocerlas.

Artículo 1358.—Puede prestar juramento el mayor de veinticinco años que tenga la libre administracion de sus bienes por sí ó por medio de procurador, mediante poder especial.

No pueden prestarle:

1.° El loco, fatuo ó desmemoriado, y los menores de edad.

2.° El hijo de familia aún en el peculio profecticio y el pródigo, á no ser con autorizacion de las personas bajo cuyo poder se hallen constituídos.

3.° Los tutores ó curadores, á no ser que el pleito versare sobre cosas que tuvieren en su guarda y no pudiese ser resuelto por otro medio de prueba.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 4.ª y 9.ª, tít. XI, Partida 3.ª

COMENTARIO

Para prestar juramento es necesario tener capacidad y la libre administracion de los bienes; por consiguiente, no pueden prestarlo el loco, desmemoriado y los menores de edad, con lo cual concuerda el párr. 3.° del art. 314 de la ley de Enjuiciamiento civil, que hablando de cómo los testigos deben declarar, dispone que «los menores de catorce años no prestarán juramento.»

Tampoco puede prestarle el hijo de familia ni aún en el peculio profecticio, como no tenga poder amplio para ello, concedido por el padre, ni el pródigo sin autorizacion de sus guardadores.

Estos y los tutores sólo pueden prestarlo, segun texto expreso de la ley 9.ª, cuando el pleito versare sobre cosas *que tuvieren en su guarda, é non pudiese aver prueba de testigos ó de carta con que se pudiese ayudar, é fuere el pleito dudoso*, pues de otro modo ningun derecho tienen en ellas tales personas.

Por último, los procuradores ó mandatarios pueden jurar en representacion de otra persona, siempre que tengan poder especial para ello ó redunde tambien en perjuicio ó provecho suyo el daño ó beneficio que resulte del pleito.

SECCION CUARTA

DE LA PRUEBA TESTIFICAL

Artículo 1359.—Debe admitirse la prueba de testigos respecto de todas las obligaciones y en todos los casos, salvo en los que las leyes dispongan lo contrario.

ORÍGENES

Leyes del título XVI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes que versan exclusivamente sobre la prueba testifical, no pueden tener aplicacion à la pericial (Sent. 27 Setiembre 1873).

COMENTARIO

La prueba testifical es la última que la ley de Enjuiciamiento civil enumera entre las que pueden servir para averiguar la verdad de los hechos. En todos los Códigos se halla consignada, pero no del mismo modo en todos los tiempos. Las diferentes costumbres de éstos han influído é influyen en gran manera en la mayor ó menor garantía exigida al testimonio. No son las mismas las formalidades de que ahora se halla éste revestido, que las que en tiempos antiguos se le exigía; por cuya razon el valor probatorio de las declaraciones de los testigos ha sido muy discutido, ha perdido fuerza, y se halla sujeto para su mejor apreciacion á mayor número de solemnidades.

No nos ocuparemos de ellas, porque esto pertenece al procedimiento; pero sí veremos lo que dicen las Partidas sobre esta prueba, hoy comprendida, aunque no por completo, en la ley de Enjuiciamiento civil.

Testigos son, segun la 1.ª, tít. XVI, Partida 3.ª, *omes ó mujeres que son atales que non pueden desechar de prueba que aducen las partes en juicio, para probar las cosas negadas ó dubdosas*. Puédelos presentar todo litigante ó su procurador en juicio si juzgare que sirven para probar la verdad de los hechos por él aducidos.

La ley de Enjuiciamiento civil exige para el exàmen de los testigos la presentacion de interrogatorios que deberán reunir ciertas condiciones, y sobre los cuales serán aquéllos preguntados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros, debiendo todos los que sean mayores de catorce años prestar juramento al hacerlas.

Artículo 1360.—Los Jueces y Tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

ORÍGENES

Art. 317, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Marzo y 3 Julio 1869.

Las leyes de Partida sobre la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos y de los documentos privados han sido modificadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, dejando al recto juício y sana crítica de los Jueces y Tribunales la apreciacion de la prueba testifical (Sents. 8 Febrero 1858, 23 Mayo 1860, 6 Diciembre 1861, 7 Marzo 1862, 23 Mayo 1863, 13 Noviembre 1863, 26 Octubre 1864, 9 y 13 Octubre 1865, 4 Enero y 5 Marzo 1866, 2 Octubre 1861, 21 Junio 1864, 22 Octubre 1864, 16 Diciembre 1864, 26 Mayo 1868 y 24 Febrero 1869).

Apreciado por la Sala sentenciadora el resultado de la prueba testifical, no puede invocarse en apoyo de recurso de casacion la infraccion de la ley 32, tít. XVI, Partida 3.ª, que ha sido esencialmente modificada por el art. 437 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 4 Junio 1860).

No se infringe el art. 317 de la citada ley cuando el Tribunal sentenciador aprecia la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos dentro del círculo de sus atribuciones y sin faltar á las reglas de la sana crítica, ni á las que como tales contienen las leyes 1.ª y 8.ª, tit. XIV; 28, 29, 32, 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª (Sents. 30 Enero 1865, 6 Octubre 1865 y 28 Mayo 1870).

Siendo la crítica el juício que se forma de las cosas, fundado en los principios de la ciencia, miéntras no se determine á cuál de estos principios se ha faltado, no es posible citar útilmente para el recurso de casacion la infraccion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencias 27 Marzo 1865, 26 Mayo 1866, 6 Setiembre 1866, 11 Diciembre 1867, 4 Mayo 1868, 16 Noviembre 1872 y 27 Noviembre id.).

No basta alegar genéricamente la infraccion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, si no se demuestra en qué concepto se ha faltado á las reglas de la sana crítica al apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos (Sents. 20 Marzo 1866, 6 y 19 Noviembre 1866, 6 Octubre 1865, 18 Noviembre 1868, 11 Mayo 1868, 5 Abril 1867, 31 Diciembre 1870, 31 Enero 1871, y otras muchas).

Nunca ha sido principio de derecho que los juzgadores deban atenerse para la calificacion y apreciacion de las pruebas al número de los testigos presentados, sinó al valor que merezcan sus dichos, en conformidad de la ley 41, tit. XVI, Partida 3.ª (Sents. 27 Marzo 1865, 3 Abril 1868 y 24 Diciembre 1867).

En cuestion de calificacion de pruebas testificales no puede haber por parte del Tribunal *á quo* infraccion de ley clara y terminante, cual se quiere para el recurso de nulidad, porque no se conoce disposicion alguna legal que establezca el modo de hacer dicha apreciacion (Sentencia 7 Marzo 1861).

El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil ha modificado esencialmente la antigua legislacion recopilada y de Partidas relativa al valor de la prueba testifical (Sents. 27 Setiembre 1860, 20 Febrero 1861, 13 Febrero 1863, 28 Enero 1865, 26 Octubre 1857, 4 y 27 Abril 1867, 25 Noviembre 1867, 4 Mayo, 6 Julio, 26 Setiembre, 2 Octubre, 18 Noviembre, 28 Diciembre 1868, 16 Abril, 20 Marzo 1869, 23 Junio 1870, y otras muchas).

La ley 32, tit. XVI, Partida 3.ª, que exige dos testigos conformes para constituír plena prueba, ha sido esencialmente modificada por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 14 Mayo 1859, 8 Junio 1866, 21 Setiembre 1866, 31 Mayo 1867, 16 Marzo 1869, 27 Diciembre 1869 y 20 Enero 1875).

No puede considerarse infringido el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento por haberse apreciado la prueba testifical presentada por una parte sin que la contraria articule otra en diverso sentido, porque la Sala aprecia el valor de la presentada y los datos resultantes de autos, y la apreciacion en sus resultados afecta tanto á la parte que la aduce como á la contraria (Sent. 19 Febrero 1866).

Segun las reglas de la sana crítica, no debe estimarse probado un hecho contestado sólo

por testigos con tacha legal (Sent. 8 Junio 1866).

Aun cuando es un principio consignado tanto en las leyes de Partida como en las Recopiladas y en la de Enjuiciamiento civil, que el actor debe probar aquello que quiera demandar, si la otra parte se lo negare, cuando el demandante suministra prueba testifical, que es apreciada por la Sala sentenciadora, falta el supuesto de la infraccion de aquellas leyes, ó sea la carencia de prueba (Sent. 6 Setiembre 1866).

El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos sea apreciada según las reglas de la sana crítica, no impone á los Jueces y Tribunales el deber de contar, sinó de pesar los testimonios, dejando á los juzgadores libertad prudente y racional de formar su conviccion, y por tanto no se infringe el artículo cuando la apreciacion de la prueba no está basada en el número (Sent. 15 Junio 1874).

Cuando se ha practicado prueba de testigos y documentos, y el fallo no se funda en la sola declaracion de un testigo, no puede suponerse infringida la ley 32, tít. XVI, Partida 3.ª (Sentencia 8 Junio 1866).

No es doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la de que la posicion de diez testigos mayores de edad y sin excepcion, tienen en el foro la misma fuerza que un documento público (Sent. 30 Setiembre 1864).

La ley 32, tít. XVI, Partida 3.ª, en la cual se fija, con distincion de casos, el número mínimo de testigos que son necesarios para hacer prueba, no puede infringirse por una sentencia en que no es tenida por bastante la prueba (Sentencia 14 Noviembre 1864).

Cuando se admiten sin limitacion alguna todas las pruebas presentadas por el demandante, no pueden citarse como infringidas, por ser inaplicables, las leyes 8.ª, tít. XVI, 9.ª y 32, título XVI, Partida 3.ª, ni las del tít. XI, lib. XI, Nov. Rec., ni el art. 279 de la ley de Enjuiciamiento, que se reduce á establecer que uno de los medios de prueba es la de testigos, y á fijar la edad que han de tener y la forma en que deben declarar para que se dé valor á sus disposiciones (Sent. 25 Abril 1868).

Segun la disposicion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo puede invocarse la infraccion de las reglas de sana crítica contra la apreciacion de la Sala sentenciadora de la prueba testifical, mas no de la que se refiere á la confesion en juicio hecha por cualquiera de las partes al absolver posiciones pedidas por la contraria (Sent. 31 Diciembre 1867).

La ley 40, tít. XVI, Partida 3.ª, que declara la fuerza probatoria de los testigos, no puede infringirse por una sentencia que no se funda en la prueba testifical (Sent. 21 Enero 1867).

Si bien por un testigo ningun pleito *non s puede probar*, segun la ley 32, tít. XVI, Partida 3.ª, conforme con las reglas de la sana crítica, no tiene aplicacion esta doctrina cuando ademas concurren otros testigos ó medios de prueba de los que debe apreciar el Tribunal sentenciador (Sent. 30 Noviembre 1868).

No puede estimarse como regla de sana crítica que forzosamente haya de darse crédito á las declaraciones de los testigos presentados por alguna de las partes litigantes, cuando la otra no haya practicado prueba en contrario ni tachado aquéllos, puesto que la Sala sentenciadora tiene facultad para apreciar el valor de las que se hubieren practicado por ambas ó por algunas de las partes, hayan sido ó no tachados los testigos (Sent. 22 Diciembre 1868).

Aun concediendo como regla de sana crítica que dos ó más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias, sin tacha ni interes en faltar á la verdad, puedan hacer prueba plena cuando sus dichos no hayan sido desvirtuados por otra en contrario, semejante regla no tiene aplicacion cuando la Sala estima que los testigos presentados no reunen aquellos requisitos (Sent. 28 Diciembre 1868).

Las leyes 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, que se refieren á la fuerza probatoria de los testigos, se hallan esencialmente modificadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sents. 28 Diciembre 1868, 27 Enero 1871, 7 Diciembre 1871, 4 Julio 1873, 15 Marzo 1875, 8 Octubre 1878.

Cuando la Sala aplica su criterio á las pruebas de testigos y peritos segun el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, sin confundir esta atribucion con la de calificar los documentos públicos presentados en autos, para lo que tiene presentes las leyes que determinan sus solemnidades y valor respectivos, no infringe dicho art. 317 (Sent. 11 Abril 1870).

El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento no sólo ha desterrado la tasa de las pruebas, sinó que principalmente las ha consignado al criterio de los Jueces y Tribunales (Sent. 30 Noviembre 1869).

No se infringen las leyes 20 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, al apreciar la prueba, cuando ademas de que dos de los testigos examinados no

se contradicen en la esencia, la Sala no se funda únicamente en el dicho de ambos testigos para dictar su sentencia (Sent. 9 Junio 1871).

Apreciada por la Sala sentenciadora, no sólo la prueba testifical sinó la documental traida á los autos por uno y otro litigante, no se infringe la ley 41, tít. XVI de la Partida 3.ª, porque ésta se refiere á lo que debe hacer el juzgador cuando los dichos de los testigos de una parte sean contrarios á los de la otra, que es un caso distinto del en que se toman en consideracion diferentes medios probatorios (Sent. 3 Julio 1877).

Si bien la Sala sentenciadora puede apreciar los dichos de los testigos conforme á las reglas de la sana crítica, no puede aplicar igual criterio á la prueba documental (Sent. 17 Diciembre 1870).

El principio de la sana crítica de que *no pueden deducirse consecuencias ciertas de antecedentes falsos*, no se infringe por la sentencia en que nada se resuelve por lo contrario (Sentencia 26 Diciembre 1871).

Las leyes 18, 27, 28, 32, 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, con otras del mismo Código, taxativas de la capacidad de los testigos, han sido derogadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 10 Enero 1872 y otras muchas).

Carecen de oportunidad las citas, como infringidos, del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, y las leyes 8.ª, tít. XIV, y 28, 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, puesto que segun el primero, es de la exclusiva competencia del tribunal sentenciador la apreciacion de la prueba testifical, no siendo las reglas de la crítica racional otra cosa que una funcion del entendimiento que analiza y sintetiza los hechos sometidos al juicio del juzgador, conforme á las reglas inflexibles de la lógica (Sent. 31 Mayo 1873).

La ley 18, tít. XVI, Partida 3.ª, que prohibe testificar en causa propia, no tiene aplicacion cuando la sentencia contra la cual se recurre descansa en el conjunto de las pruebas suministradas (Sent. id. id. id.)

Las leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIV; 28, 29, 32, 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª, que se refieren á la prueba testifical, no se infringen, por la sencilla razon de que han sido esencialmente modificadas por la de Enjuiciamiento civil (Sent. 26 Junio 1876).

Si la Sala sentenciadora forma su criterio para determinar el pleito, no sólo por las declaraciones de los testigos, sinó principal y esencialmente por el conjunto de las pruebas de documentos, el reconocimiento de peritos y la diligencia de vista ocular, no puede suponerse que ha infringido las reglas de la sana crítica (Sentencia 14 Abril 1875).

Habiéndose modificado esencialmente por la ley de Enjuiciamiento civil toda la legislacion anterior, referente al valor y fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, modo y manera de ser éstos examinados, la ley 30, título XVI, Partida 3.ª, relativa á «cómo debe ser preguntado el testigo otra vez, por la razon de que non fué preguntado,» es inaplicable el incidente promovido y sustanciado con arreglo á la citada ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 10 Mayo 1878).

COMENTARIO

Hé aquí el artículo que ha introducido una profunda alteracion respecto al modo de apreciar el valor de la prueba testifical.

La legislacion antigua dictaba un sinnúmero de reglas relativas á este punto, que no todas han sido derogadas. Por un testigo no se podía fallar ningun pleito, áun cuando su buena fama produjera presuncion. Eran necesarios dos testigos de buena fama para que el testimonio valiese (1). Debian ser contestes, porque si desacordaren en alguna cosa no tendría fuerza su declaracion, y ademas presenciales, que conocieran los hechos por haberlos visto; en caso de ser de oidas ó de referencia, debian sus declaraciones reunir ciertos requisitos y versar sobre cosas que no pudieran haber sido vistas ni presenciadas por su antigüedad (2).

Para acreditar el cumplimiento de una obligacion contraida por escritura pública, eran necesarios cinco testigos, y cuatro para probar la falsedad de un instrumento público (3). El número de testigos no podia exceder de doce, segun las Partidas (4), y de treinta por cada pregunta, segun la Nov. Rec., siempre que no fueren presentados con malicia ni con el fin de producir dilaciones en el procedimiento (5).

En las declaraciones debia estarse á las que ofrecieran mas crédito por las cualidades de las personas; siendo éstas iguales en crédito, el mayor número de testigos y en caso de discor-

(1) Leyes 32, tít. XVI, Partida 3.ª, y 1.ª, tít. VIII, lib. II Fuero Real.

(2) Leyes 28 y 29, tít. XVI, Partida 3.ª

(3) Ley 117, tít. XVIII, Partida 3.ª

(4) Ley 32, tít. XVI de la misma.

(5) Leyes 2.ª y 4.ª, tít. XI, lib. XI, Nov. Rec.

dar los presentados por una y otra parte, á los que afirmaren lo más verosímil, no valiendo el testimonio de aquel que en su declaracion se contradijere (1).

Todas estas reglas y otras muchas que pudieran citarse, han sido modificadas por la ley de Enjuiciamiento civil, como enrepetidas sentencias tiene declarado el Tribunal Supremo. Con arreglo á la nueva ley, la apreciacion del valor que deben tener las declaraciones de los testigos corresponde hacerla al juez, porque nadie mejor que él puede, segun las circunstancias, juzgar por el dicho de aquéllos la verdad ó falsedad de los hechos; y para no dejar por otra parte completamente á su arbitrio dicha apreciacion, á fin de evitar los abusos á que una facultad ilimitada pudiera dar lugar, exige el legislador que tal apreciacion debe hacerse segun las reglas de la sana crítica, deducidas de los principios establecidos por la ciencia, á la vez que de las disposiciones legales dictadas sobre la materia.

Artículo 1361.—La capacidad de los testigos y sus condiciones de probidad é imparcialidad se rigen por las leyes de procedimientos.

ORÍGENES

Arts. 318 al 325, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

La apreciacion de la prueba testifical sobre si uno es ó no desmemoriado, corresponde á la Sala sentenciadora, como puramente de hecho (Sent. 15 Octubre 1859).

Cuando no aparece que la Sala sentenciadora haya atribuído fuerza probatoria ni eficacia alguna á las declaraciones de los testigos tachados, no puede tenerse por infringida la ley 18, tít. XVI, Partida 3.ª (Sent. 15 Junio 1866).

Si por una y otra parte se presentasen testigos y las declaraciones y fama de unos y de otros fuesen iguales, el juez debe dar por libre al demandado (Sent. 7 Junio 1858).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar si los testigos examinados reunen las cualidades que requiere la ley (Sent. 17 Marzo 1859).

No es procedente invocar tachas que no están designadas en el art. 320 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni pueden proponerse fuera del término marcado en el 319 (Sent. 21 Octubre 1864).

Si bien la ley 9.ª, tít. XVI, Partida 3.ª, exige veinte años para ser testigo en causas criminales, establece tambien que ántes de aquella edad produzca el testimonio gran presuncion, siendo el testigo de buen entendimiento (Sentencia 21 Octubre 1864).

No infringe el art. 320 de la ley de Enjuiciamiento la Sala sentenciadora al apreciar, en virtud de las pruebas practicadas, que existiendo amistad íntima entre los testigos y el que las presenta, no es, sin embargo, la intimidad requerida por la ley para que su testimonio no valga en juicio (Sent. 27 Marzo 1866).

La ley 29, tít. XVI, Partida 3.ª, que previene no valga el testimonio de testigos que declaren de oido sinó en los casos que la misma expresa, no puede ser aplicable á un juicio en que la prueba consiste, no sólo en este testimonio, sinó en el conjunto de otros medios de justificacion (Sent. 2 Octubre 1866).

Estando subordinada la apreciacion de la prueba testifical al art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede sostenerse que se haya infringido por la sentencia, al hacerse dicha apreciacion, el art. 320 de la expresada ley, que enumera las tachas que pueden objetarse á los testigos (Sents. 12 Mayo 1873, 20 Diciembre 1872 y 12 Mayo 1875).

Mucho ménos puede decirse infringido dicho artículo si, áun prescindiendo de las declaraciones de los testigos á quienes la tacha se refiere, la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta otros testimonios y documentos que sirvieron de fundamento á la sentencia, los cuales aprecia en uso de las facultades que la competen, sin que contra esta apreciacion se cite ley ni doctrina infringida (Sent. id., id.).

Si no han sido tachados los testigos, ni consta que la apreciacion de la Sala descansa meramente en el dicho de los que se suponen tachables, son de todo punto inaplicables los artículos 319 y 320 de la ley de Enjuiciamiento civil y el principio de derecho de que la declaracion de un testigo tachado no produce prueba (Sent. 8 Febrero 1878).

La ley 4.ª, tít. XVI, Partida 3.ª, trata de otra manera en que los testigos pueden ser recibidos, «non seyendo el pleito comenzado por respuesta.» (Sent. 2 Diciembre 1876.)

Disponiéndose en la ley 41, tít. XVI de la Partida 3.ª, que cuando ambas partes litigan-

(1) Leyes 40 y 41, tít. XVI, Partida 3.ª

tes presenten testigos que se contradigan entre sí debe el juzgador creer los dichos de aquellos que *entendiere* que dicen la verdad ó que se acercan más á ella, la Sala sentenciadora está en su derecho, á virtud de esta sola prescripcion legal, apreciando la prueba testifical del litigio con arreglo á su conciencia (Sent. 21 Mayo 1877).

Si resulta que los testigos presentados por el demandante no han declarado acerca de los hechos sobre que fueron interrogados, que los sabían de ciencia propia, sinó de oidas ó de referencia, ó no resulta que las tachas propuestas contra los representados por el demandado hayan sido justificadas, al apreciar la Sala sentenciadora la fuerza probatoria de las declaraciones de unos y otros, se ajusta al precepto del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil y á las reglas de la sana crítica, no infringiendo, por tanto, el referido artículo, y mucho ménos la ley 40, tít. XVI, Partida 3.ª, que ha sido derogada por aquél, ni tampoco la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo (Sent. 3 Julio 1877).

Además estos motivos no son atendibles en el caso en que la Sala sentenciadora, al pronunciar la absolucion de la demanda, aprecia, no sólo la prueba testifical, sinó tambien las demás que se han aducido en el pleito, formando su juicio por el conjunto de todas ellas (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

No creemos que las condiciones generales de capacidad, probidad é imparcialidad de los testigos deben formar parte de un Código sustantivo. Las leyes procesales deben ser las encargadas de regular exclusivamente esta materia. Sin embargo, nuestra ley de Enjuiciamiento civil no es completa sobre este punto, pues omite disposiciones de importancia que es preciso completar con algunas diseminadas leyes del Fuero Real y de las Partidas vigentes en parte y en parte derogadas, sin que pueda señalarse con toda precision el alcance de las reformas que en nuestra antigua legislacion ha introducido la ley de Enjuiciamiento.

El Código penal, por otro lado (así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 Noviembre 1865), tambien ha derogado en parte muchas de aquellas disposiciones. Las que quedan vigentes debieran incluirse en las leyes de procedimientos. Mas como esto no se ha hecho, vamos á dar una ligera idea de ellas, así como de las contenidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

No puede ser testigo en las causas criminales el menor de veinte años, y en las civiles el menor de catorce. Podrán éstos, sin embargo, atestiguar los hechos que hubieren visto ó conocido, siempre que los recuerden, pues áun cuando su dicho no pruebe plenamente contra quien atestigüen, sirve de gran presuncion (ley 9.ª, tít. XVI, Partida 3.ª).

El Fuero Real (ley 9.ª, tít. VIII, lib. II) exigía para ser testigo tener más de diez y seis años, y de acuerdo con la ley 8.ª, tít. XVI, Partida 3.ª, negaba capacidad para serlo al hombre de mala fama; al que hubiere dicho falso testimonio; falseado moneda ó sello del Estado; ó faltado á la verdad por precio recibido; al que hubiese dado yerbas ó veneno para causar aborto, muerte ó mal corporal; al homicida; al casado que tiene en su casa barragana ó manceba conocida; al que saca religiosa de algun convento; al que casare sin dispensa con parienta en grado prohibido; al traidor, alevoso ó de mala vida, y al excomulgado vitando. Tambien era excluído el pobre y vil; pero era preciso que á la pobreza uniese la vileza. Aunque no todas, el Fuero Juzgo comprendía muchas de estas prohibiciones (ley 1.ª, tít. IV, lib. II).

Tampoco podía ser testigo por falta de conocimiento el loco, fatuo ó mentecato, el ébrio y el que por cualquier otro modo careciere de juicio (ley 8.ª, tít. XVI, Partida 3.ª).

Por las leyes 8.ª del Fuero Real y 17 de Partidas se permitía á la mujer atestiguar si fuere de buena fama y en cosas pertenecientes al sexo, y se prohibía hacerlo al hermafrodita, á no ser que *tirase más á varon*, en cuyo caso, segun la ley 17, podía ser testigo en testamento.

Por falta de imparcialidad no podían ser testigos el ascendiente y descendiente en causas recíprocas (leyes 10 y 14); los parientes en pleitos contra extraños, mas sí en los seguidos entre ellos (ley 9.ª Fuero Real); la mujer por el marido, ni éste por aquélla, ni un hermano por otro miéntras vivan juntos (ley 15 de Partidas); el criado, familiar ó interesado en la causa, excepto el individuo de ayuntamiento ó universidad, que podía serlo en causas de dichas corporaciones (ley 18); el juez, á no ser que no hubiere otro testigo (ley 19); el abogado ó procurador por su cliente, ni el tutor ó curador por sus pupilos ó menores (ley 20); el socio en causas pertenecientes á la sociedad, ni el cómplice contra el autor del delito (ley 21); el que sea

enemigo (ley 22); el que se halle preso, y la mujer prostituta en causas criminales (ley 10).

Nadie puede ser obligado á declarar contra sus parientes en cuarto grado, ni el padrastro contra el entenado, ni el yerno con su suegro, ó al contrario, á no ser que voluntariamente se prestaren á ello (ley 11).

Todos los ciudadanos están obligados á declarar siempre que se lo mande el juez, que podrá prenderlos ó embargarles sus bienes si no obedecieren, é igualmente deberán comparecer en el Tribunal con dicho objeto, salvo en los casos en que por edad avanzada, enfermedad, nombre ilustre, dignidad etc., se hallen exceptuados y puedan, por tanto, declarar en sus casas (ley 34, tít. XVI, Partida 3.ª).

Hasta aquí lo dispuesto en la legislacion antigua. La nueva ley de Enjuiciamiento contiene, entre otras, las siguientes prescripciones:

«Son tachas legales que pueden oponerse contra los testigos:

1.ª Ser el testigo pariente por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado civil del litigante que lo haya presentado.

2.ª Ser, al prestar declaracion el testigo, dependiente ó criado del que lo prestare. Entiéndese por criado ó dependiente, para los efectos de esta disposicion, el que vive en las casas del tenido por amo, y le presta en ella servicios mecánicos mediante un salario fijo.

3.ª Tener interes directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante.

4.ª Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

5.ª Ser amigo íntimo ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes.» (Art. 320.)

«Si alguno de los litigantes tachare á uno ó más testigos, se oirá sobre ello á la parte contraria; y si el que proponga la tacha ó tachas, ó ambos litigantes, solicitaren por otrosíes de los escritos en que promuevan este artículo que se reciban los autos á prueba sobre él, el juez lo decretará.» (Art. 321.)

«Cuando ninguna de las partes pidiere la prueba de tachas, sustanciado el artículo con los dos escritos expresados, se mandarán entregar los autos al actor para que sobre todo alegue de bien probado.» (Art. 322.)

«Lo mismo se hará en el caso de que haya habido prueba de tachas, despues de unir éstas á los autos.» (Art. 324.)

SECCION QUINTA

DE LAS PRESUNCIONES

Artículo 1362.—Las presunciones son las inducciones que el juez saca de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido.

Sólo tienen fuerza las admitidas por las leyes, miéntras no sean destruídas por la prueba en contrario.

ORÍGENES

Leyes 8.ª y 10, tít. XIV, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

La apreciacion de ciertos hechos ó actos que tengan más ó ménos importancia jurídica como inductivos de un convenio no es aplicar á un juicio civil el indicial ó de presunciones á que se refiere la ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, dictada para otro órden de procedimiento (Sentencia 5 Marzo 1866).

La presuncion de derecho ó *sospecha* á que se refiere la ley 10, tít. XIV, Partida 3.ª, sólo puede tener lugar *hasta que sea probado lo contrario*, como la misma ley expresa (Sentencia 16 Abril 1866).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, al clasificar y definir todo género de pruebas, y mencionar la *presuncion, que quiere tanto decir como grande sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguacion de prueba*, no determina que siempre la presuncion ó vehemente sospecha produzca justificacion suficiente, debiendo quedar, en puntos concretos, al recto juício de los Tribunales (Sents. 20 Enero 1865 y 24 Febrero 1876).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, sobre que los pleitos no se fallen por indicios, no es aplicable cuando la Sala funda su criterio en conjeturas, sinó en prueba testifical, sin que contra su apreciacion se cite ley ni doctrina legal infringida (Sent. 15 Abril 1875).

La ley 8.ª, tít. XIV, Partida 3.ª, al describir los diferentes medios de prueba de que

puede hacerse uso en juicio, y al señalar el de presuncion ó *gran sospecha*, añade que en los juicios no se dé valor á esta sola prueba, sinó en los casos expresamente señalados por las leyes (Sent. 11 Febrero 1875).

COMENTARIO

Las presunciones fueron omitidas por la ley de Enjuiciamiento civil al enumerar los diversos medios de prueba; y aunque las Partidas las comprendieron entre éstas, declararon que *en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales e de sospecha...* porque éstas, *muchas vegadas, non aciertan con la verdad*; razon por la cual únicamente dan fuerza á las que se hallan señaladas en las leyes, y áun éstas, segun prescribe la ley 10 respecto á algunas de ellas, admiten prueba en contrario.

Tal es la doctrina que puede citarse como vigente en esta materia, y para conocerla mejor vamos á ver qué se entiende por presuncion, sus clases, y cuáles son las principales presunciones admitidas en las leyes.

Presuncion es la conjetura ó indicio que se saca de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido ó incierto.

Dividiéronla los antiguos en presuncion legal ó de derecho, y de hombre, segun que fuera determinada por la ley ó formada por el juez. La primera es simple llamada *juris tantum*, ó por derecho, *juris et de jure*, segun que admite prueba en contrario, ó que tenga fuerza sin ella. La segunda se divide en grave, ménos grave, y leve, con arreglo al mayor ó menor grado de probabilidad que tiene.

Varias son las presunciones *juris tantum* que las leyes establecen. Una de ellas es la que da fuerza á la legitimidad de los hijos nacidos de mujer casada, miéntras no se pruebe su ilegitimidad (ley 9.ª). Del mismo modo se presume que el dueño de una cosa no deja nunca de serlo, y el poseedor sigue siempre poseyendo hasta que lo contrario se pruebe (ley 10). No mediando tal prueba, se tiene por muerto al ausente en tierras lejanas, si trascurridos diez años consta de fama pública su fallecimiento (ley 14). Naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se considera nacido primero el varon, del mismo modo que en una catástrofe se presume muerta la mujer ántes que el marido, y el hijo mayor de edad ántes que su padre, *pues que non se puede averiguar el contrario, é non puede ser sabido cual dé de ellos nació primeramente..... si se non pudiere saber cual dellos murió primero* (ley última, tít. XXXIII, Partida 7.ª). Algunos autores colocan estos últimos casos entre las presunciones *juris et de jure*, alegando como razones para ello el que la prueba en contrario aquí es imposible y que la presuncion descansa sobre una condicion natural. No somos del mismo parecer, porque desde el momento en que tal imposibilidad desaparezca en un solo caso por poderse probar lo contrario, dejarian de ser presunciones *juris et de jure*, para ser *juris tantum*, con arreglo á la ley. En segundo lugar, del mismo modo que se supone imposible tal prueba, puede suponerse posible; nadie se atreverá á negar esta posibilidad siempre y en todos los casos, y ademas, si por juzgarse imposible la prueba se declara la presuncion *juris et de jure*, la misma razon habría para no comprender entre las *juris tantum* la que se refiere á la legitimidad de los hijos ó cualquiera de las mencionadas anteriormente, cuando por cualquier motivo no sea posible aducir dicha prueba.

En cuanto á la segunda razon expuesta por los autores, á saber: que descansa sobre una condicion natural el suponer nacido ántes al varon que á la hembra, y muerta la mujer ántes que el marido, debemos decir que esto constituye ni más ni ménos que una ficcion, y contra ella está la prescripcion terminante de la ley de que así se supondrá *si se non pudiere saber cual dellos murió primero*, esto es, miéntras no se pruebe lo contrario.

Las leyes 3.ª y 6.ª del mismo título y Partida señalan algunas otras presunciones más.

Entre las que no admiten dicha prueba por ser *juris et de jure*, se cuenta la del que paga á otro sabiendo que nada le debía, pues se presume le quiso hacer donacion (ley 30, tít. XIV, Partida 5.ª); la de que no tienen capacidad para administrar sus bienes por sí solos los que están sujetos á tutor y la mujer casada; y la presuncion que resulta de la autoridad de la cosa juzgada.

La regla general ya la conocemos; todos estos casos marcados en las leyes no son más que ejemplos que pueden servir para ilustrar dicha regla, por lo cual con los citados puede tenerse una idea de ella, sin necesidad de enumerar y explicar todos los que las leyes señalen.

TÍTULO VII

DEL CONTRATO DE MATRIMONIO

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1363.—Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos y estipulaciones acerca de los bienes del matrimonio.

Serán, no obstante, nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó buenas costumbres, y los depresivos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia.

Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa ó indirectamente al marido de la administracion de los bienes en los casos que le corresponda, con arreglo á lo demas que se ordena en este título.

ORÍGENES

Leyes 24 y 30, tít. XI, Partida 4.ª
Leyes 17 y 19, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1387, Cód. Francia.—1096 Portugal.—1378 Italia.—194 Holanda.—1423 Bolivia.—2305 Luisiana.—1042 Vaud.—59 Wutemberg.—Ley 10, tít. III, lib. II, Código. — Ley 1.ª, tít. XIV, lib. V, Código.—Ley 48, tít. XIV, lib. II, Digesto.

JURISPRUDENCIA

No es válido el convenio celebrado durante el matrimonio, en que el marido y la mujer se adjudican en dominio los bienes de la sociedad conyugal (Sent. 11 Enero 1859).

Si la Sala sentenciadora estima que no se ha justificado lo bastante que al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales hubiese mediado vicio alguno de los que por derecho invalidan los contratos, ha de estarse á esa apreciacion, de la absoluta competencia de la misma Sala como cuestion de hecho, si no se cita ley ni doctrina legal que con ella se haya infringido (Sent. 5 Octubre 1875).

Si en capitulaciones matrimoniales otorgó un padre á su hijo una pension por el júbilo que tenía de la colocacion de éste, entendiéndose la donacion gratuita *durante dicho matrimonio y no en otra mente*, la sentencia, al partir del supuesto de haber sido concedida la pension objeto del pleito solamente miéntras durara el matrimonio que el recurrente contraía, negándola el carácter de vitalicia sin la limitacion expresada, léjos de infringir, aplica la ley del contrato, por cuanto en la escritura se concede la pension vitalicia con la limitacion referida (Sent. 27 Junio 1876).

Disponiéndose en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el marido de la demandante con motivo del casamiento de su hijo, que se reservaba, entre otros derechos, el de disponer á su voluntad de 10.000 libras, y que no haciéndolo fuesen comprendidas en el heredamiento universal que hizo á favor del referido hijo, no habiendo dispuesto de ellas, claro es que tuvo lugar la agregacion (Sentencia 16 Enero 1877).

COMENTARIO

En el libro primero de este Código nos he-

mos ocupado del matrimonio como de una union entre un varon y una mujer con objeto de vivir juntos, auxiliarse mútuamente y fundar y educar una familia. De este concepto del matrimonio, que aceptan en general los autores, se desprende como una consecuencia natural que aquella union es fuente de diversos efectos, que se pueden clasificar en dos órdenes diferentes. Unos que se refieren á la persona de los cónyuges y afectan directamente á la capacidad de los esposos, á su consideracion y facultades dentro de la familia y á sus obligaciones de carácter puramente personal: otros se relacionan con la economía doméstica, atañen directamente á los bienes que han de servir de una manera inmediata á los fines del matrimonio y establecen tambien derechos y obligaciones dignos de tenerse en cuenta.

De aquellos efectos nos hemos ocupado oportunamente; de los segundos vamos á hacer ahora el estudio necesario.

El matrimonio como contrato, en cuanto se refiere á los bienes, se rige por las leyes civiles y se sujeta en muchos puntos á las reglas y principios generales de la contratacion que quedan explicados en los capítulos precedentes.

Al estudiar los efectos del contrato de matrimonio con relacion á los bienes de los cónyuges, necesitamos préviamente hacer algunas consideraciones sobre algo que si verdaderamente no se refiere de una manera inmediata á los bienes del matrimonio, como son las donaciones esponsalicias, las arras y donaciones *propter nuptias*, tocan muy directamente á la capacidad de los esposos para disponer de sus bienes, y porque, en último caso, la especialidad de las leyes que sobre estas materias se han dictado, proviene no más que de su íntima union con todo lo que al matrimonio se refiere.

Hemos de estudiar, por consiguiente:

Las donaciones esponsalicias.

Las arras.

Las donaciones durante el matrimonio.

Las dotes.

Los bienes parafernales.

Los donaciones *propter nuptias*.

Y la sociedad legal ó de gananciales.

Mas ántes hemos colocado, á manera de disposiciones generales, el artículo que comentamos, y el siguiente, cuya doctrina es de aplicacion general en la materia de que nos ocupamos.

Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos y estipulaciones acerca de los bienes del matrimonio, dice nuestro artículo, inspirándose en estas palabras de la ley de Partida: «El pleyto que ellos (los esposos) pusieron entre sí, deue valer en la manera que se avinieron ante que casassen, ó cuando casaron.»

Quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est, había dicho el Digesto.

Mas esta regla no carece de excepciones. Así, pues, no serán válidos:

1.° Los pactos ó estipulaciones que fueren contrarios á las leyes y buenas costumbres.

2.° Los depresivos de la autoridad que dentro de la familia pertenece respectivamente á cada cónyuge.

3.° Los que directa ó indirectamente priva-ren al marido de la administracion de los bienes en los casos que le corresponda, con arreglo á las leyes, y salvo las excepciones que éstas establecen y que veremos en el lugar oportuno.

Tampoco serán válidos los pactos que sean un obstáculo á los fines del matrimonio.

El Código holandés añade: «Tampoco podrán los esposos estipular que su asociacion se regirá por leyes extranjeras.»

Entre nosotros estimamos que este principio, aunque no se halle expresamente consagrado en nuestras leyes, no por eso deja de ser eficaz, pues ningun español puede, sin dejar de serlo, aceptar todas las reglas de un Código extranjero, renunciando á la legislacion nacional.

Sin embargo, si en las capitulaciones matrimoniales se trascriben algunos artículos de Códigos extranjeros cuyo cumplimiento pretenden los esposos, serán tenidos como cláusulas obligatorias, á no ser nulos, con arreglo á las leyes españolas. Lo mismo decimos para el caso en que los esposos quieran someterse á ciertas y determinadas reglas forales que no sean las de su país.

Artículo 1364.—Los pactos lícitos celebrados entre los cónyuges respecto á la restitucion de la dote, y cualesquiera otros acerca de los bienes del matrimonio, deben ser guardados, no obstante las costumbres que hubiere en contrario en cualquiera otra localidad donde se trasladaren los esposos.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Tratando la ley en este contrato, lo mismo

que en todos los demás, de los pactos que pueden agregársele, los divide en lícitos é ilícitos.

Estos últimos se tienen por no puestos, pero no anulan el matrimonio celebrado, ni producen otro efecto que el de someter los bienes de los cónyuges á las demas cláusulas ó pactos que conserven su valor y eficacia, y en defecto de ellos á las reglas generales que se consignan en las leyes.

Los pactos lícitos deben cumplirse siempre, no siendo obstáculo para su validez el que despues de otorgado válidamente se trasladen los esposos á una localidad donde haya uso ó costumbre en contrario, pues aquellos pactos deben regirse, en cuanto á su eficacia, por la ley del lugar en que se otorgaron.

Asi dice la ley hablando de un pacto celebrado entre marido y mujer en que dispongan como *ayan lo que ganaren de consuno.* «E despues que son casados acaesce que vienen á morar á otra tierra en que vsan costumbre contraria de aquel pleyto ó de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda cuando moriese alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que guardaron entre si, ante que casassen ó cuando se casaron, ó la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron ante que casassen ó quando casaron: é non deue ser embargo por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen á morar.»

Aunque la ley parece referirse únicamente á *costumbre* en contrario, entendemos que el mismo principio deberá observarse cuando, en vez de costumbre, se trate de legislaciones forales contrarias á un pacto lícito, con arreglo á la ley del lugar donde se otorgó. Puede, por lo mismo, sentarse el principio general de que el lugar del contrato da la ley para el valor del matrimonio, y el de los pactos que se le agreguen, por eso añade la ley: «Esso mismo seria maguer ellos non pusiessen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes é en las arras, é en las ganancias que fizieron: é non la de aquel lugar do se cambiaron.»

CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES

SECCION PRIMERA

DE LAS DONACIONES ESPONSALICIAS

Artículo 1365.—Donaciones esponsalicias son las que hacen recíprocamente los esposos ó uno de ellos en consideracion al matrimonio y ántes de celebrarse.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tit. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Arts. 1091, Cód. Francia. — 1736 Luisiana. — 1084 Bolivia.—702 Neufchatel.—Ley 16, tit. III, lib. V, Código Romano.

COMENTARIO

Las donaciones matrimoniales podemos dividirlas en dos clases, segun que se hayan otorgado ántes de la celebracion del matrimonio, en cuyo caso reciben los nombres de donaciones esponsalicias y arras segun su naturaleza, ó si su otorgamiento es subsiguiente al matrimonio, recibiendo entónces el nombre de donaciones entre cónyuges.

Entre las donaciones que preceden al matrimonio están, segun acabamos de indicar, las esponsalicias y las arras.

Las donaciones esponsalicias son los obsequios que ántes de contraer matrimonio suelen

hacerse los esposos en prenda y signo de su cariño. Recibían entre los romanos el nombre de *sponsalitia largitates*, y bien puede afirmarse que no hay pueblo que las haya desconocido, y áun abusado de ellas, como lo atestiguan las trabas que andando los tiempos fué preciso poner para que los esposos no sacrificasen una buena parte de su hacienda en estas ostentaciones del cariño y de la vanidad á un mismo tiempo.

Del estudio histórico de las donaciones esponsalicias se deduce que han sido universales y que siempre ha existido costumbre de que al mismo tiempo que se acompañaba al matrimonio de ciertas solemnidades de carácter religioso y civil, se le rodeaba de manifestaciones más ó ménos expresivas de fiesta y júbilo con que los padres, los parientes y los amigos significaban su contento al constituirse una nueva familia. Entre estas fiestas y demostraciones de cariño tuvieron siempre un lugar preferente al ofrecimiento de dones y presentes que recibieron nombres diversos, y que más comun y ordinariamente hacía el esposo á la esposa. No quiere esto decir que ésta no correspondiese á los dones que recibía de su esposo; pero era el caso ménos frecuente, *quod raro accidit*, como decian las leyes romanas.

El favor de los matrimonios, dice Goyena, exige que los esposos ó novios tengan en el momento de anudar sus vínculos la libertad de hacerse recíprocamente, ó uno solo de ellos al otro, las donaciones que estimen convenientes, de estipular sus derechos y las ventajas que quieran hacerse. Los sentimientos recíprocos están entónces en toda su energía, y todavía no ha tomado el uno sobre el otro aquel imperio que da la autoridad marital, ó que es el resultado de la vida comun.

Pero, preguntamos nosotros: ¿es conveniente dejar á los esposos una libertad omnímoda para que á su voluntad regulen la importancia y cuantía de las donaciones?

En uno de los siguientes artículos estudiaremos esta cuestion.

Artículo 1366.—Quedarán sin efecto las donaciones respecto del donatario, cuando por culpa de éste el matrimonio en cuya consideracion fueron hechas, dejara de verificarse.

Si el matrimonio dejara de celebrarse por causa independiente de la voluntad de los esposos, se observará, respecto de la donacion hecha por el esposo, lo prevenido en el art. 52; si la donacion fuere de la esposa al esposo, quedará sin efecto en todo caso.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 4.ª, 18 y 19, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 5.ª, tít. I, lib. III, Fuero Juzgo.
Ley 3.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (52 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1088 Código Francia.—1733 Luisiana.—Leyes 21 y 68, título III, lib. XXIII, Digesto.—Párr. 3.º, título VII, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Despues de otorgadas y recibidas las donaciones esponsalicias, puede acontecer, y de hecho acontece muchas veces, que el matrimonio concertado no se lleva á debida realizacion y cumplimiento. ¿Qué debe hacerse entónces con los regalos, dones y presentes que se cruzaron en consideracion á un vínculo que no llegó á contraerse?

Pueden ocurrirse tres casos principalmente:

1.º Que la no celebracion del matrimonio dependa del donatario.

2.º Que dependa exclusivamente del donador.

Y 3.º Que dependa de causas independientes de la voluntad de los esposos.

En el primer caso, el donatario causante ó culpable de la no celebracion del matrimonio pierde las donaciones que hubiere recibido, y no podrá reclamar las que hubiere entregado.

En el segundo caso, esto es, cuando el mismo donador fuere causa de que el matrimonio no se llevase á debido efecto, la donacion que hizo es perfectamente válida, pero se hace nula, conforme á lo que dejamos dicho respecto del primer caso, la donacion que él recibió.

Por último, cuando el matrimonio dejara de celebrarse por alguna causa independiente de la voluntad de los esposos, se observará lo que dejamos consignado en el art. 52; (lib. I); es decir, que la donacion hecha por la esposa es siempre ineficaz, mas la hecha por el esposo dependerá de la mediacion del ósculo, en el modo y caso de que en aquel lugar nos hemos ocupado. Hoy esta ley puede decirse que carece de aplicacion en la práctica.

De la ley de Toro, última que se ha dictado

sobre el punto de que nos estamos ocupando, nace la duda de si no haciendo distincion entre el caso en que la causa ó culpa de no haberse celebrado el matrimonio sea independiente de la voluntad de los esposos, y el en que dependa exclusivamente de la voluntad ó desistimiento de uno de ellos.

En nuestro concepto, ya que la ley de Toro no ha prevenido este último caso, para resolverlo es preciso acudir á la ley de Partida, que no podemos ménos de considerar vigente, y con arreglo á la cual hemos completado nuestro artículo (párr. 1.°).

A consecuencia de esta duda presenta Llamas el siguiente caso: si habiendo intervenido beso entre los esposos, la esposa se excusa sin justa causa á celebrar el matrimonio. Parece á primera vista, segun expresa el autor citado, que siendo la causa en que fundan las leyes el derecho de la esposa para adquirir la mitad de lo que hubiese recibido del esposo, el beso que éste dió á aquélla, miéntras esta causa se haya verificado y subsista, áun cuando la esposa, sin justa causa y por su mera voluntad, se excuse de celebrar el matrimonio, existiendo el título que señala la ley para la adquisicion, debería ésta verificarse. Pero el mismo Llamas opina en contrario y dice: «Si las condiciones contingentes que no se verifican eximen al promitente ó donante de cumplir lo prometido, ¿con cuánta más razon obrará este mismo efecto la falta de cumplimiento de una condicion potestativa que está en manos y voluntad del promisario ó donatario verificarla? El beso por sí, añade, no es título legítimo y legal para adquirir, sinó en fuerza de la virtud que le atribuye la ley cuando se verifica entre los esposos, y como éstos lo son por la mútua promesa que se han hecho de contraer matrimonio, es á todas luces claro que faltando la esposa sin justa causa á su cumplimiento, no se purificó la condicion de celebrar el matrimonio, bajo la cual se le concedía la adquisicion de la mitad de lo que al esposo le hubiese dado.» Cuyo razonamiento nos parece conforme al espíritu de la ley.

Artículo 1367. —Lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo anterior deberá aplicarse del mismo modo á las donaciones esponsalicias ú otras cualesquiera que el marido constituyere á favor de su esposa, áun cuando consistan en objetos preciosos.

La disposicion del art. 52 es aplicable del mismo modo al caso en que, celebrado el matrimonio, se disolviese ántes de haberse consumado.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (52 de Toro.)

COMENTARIO

Suscitaron los comentaristas la duda de si los objetos preciosos estaban ó no sujetos á la regla general vigente acerca de las donaciones esponsalicias; mas la ley de Toro vino, en nuestro sentir, á resolver de una manera definitiva la cuestion. Algunos autores, sin embargo, sostienen todavía la duda, á pesar de la terminante disposicion de la ley que comentamos. Los fundamentos de esta duda no pueden considerarse como sérios, segun prueba Llamas.

A otra cuestion dudosa de mayor importancia ha dado lugar la ley de Toro, cual es la de qué disposicion tendrá lugar cuando se trate de un matrimonio putativo ó esponsales de la misma especie.

Respecto á los esponsales contraídos con impedimento dirimente, Palacios Rubios, Matienzo, Cobarrubias, Acebedo, Llamas y otros estiman que si los esponsales se contrajeran de buena fe por ambos esposos, debe tener aplicacion la misma regla que si se tratase de esponsales válidos. Lo mismo debe observarse cuando hubiere buena fé por parte de la esposa: pero si ésta obró de mala fe, áun cuando el esposo la tenga buena, no ganará en ningun caso la esposa la mitad de la donacion.

En cuanto al matrimonio que se declare nulo, Alvarez Posadilla, áun cuando es su parecer que la esposa, así en los esponsales nulos como en el matrimonio no consumado de la misma especie contraído de buena fé por parte de la mujer, ganará ésta la mitad de lo que al esposo le hubiese dado si intervino ósculo, opina que en el caso de consumarse el matrimonio no ganará la mujer el todo de lo que recibió del esposo, alegando para ello que la ley no lo dice, ni hay razon para que se entienda que sea extensiva la validacion de estas donaciones al matrimonio consumado, caso de que sea nulo. Pero Sancho Llamas convence de la opinion contraria, pues es inadmisible la distincion que pretenda hacer Posadilla entre el matrimonio nulo rato y el nulo consumado, considerando al uno comprendido en la ley y al otro excluido de ella, pues la expresion «suelto el matrimo-

nio» (1) en que intenta fundar la diversidad de reglas, es comun al rato y al consumado, y por consiguiente admitido que el primero esté dentro de la disposicion de la ley, no hay razon para negar que lo esté igualmente el segundo.

Por otra parte, es un principio general que el matrimonio putativo contraído de buena fé por ambas partes ó por la mujer, solamente produce respecto de ésta (y de los hijos) todos los efectos del matrimonio válido.

Excusado nos parece consignar que una vez celebrado y consumado el matrimonio válido, la donacion esponsalicia produce todos los efectos de una verdadera donacion, salvo lo que diremos al ocuparnos de las arras.

Artículo 1368.—Son inoficiosas las donaciones esponsalicias que excedan de la octava parte del valor de la dote.

En cumplimiento de lo preceptuado en el párrafo anterior, no podrán los mercaderes, plateros ó cualesquiera otras personas reclamar el pago de los objetos que dieren al fiado para las bodas.

ORÍGENES

Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec.
Ley 2.ª, tít. VIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La fijacion de una cantidad fija anual para gastos particulares, hecha por el marido á su esposa en la escritura de capitulaciones matrimoniales, no es más que la fijacion, para un objeto dado, de parte de las cantidades que el marido está obligado á satisfacer á la mujer para sus gastos personales, segun su estado, clase, riqueza, y no puede, por tanto, calificarse de donacion esponsalicia, ni es de las comprendidas en la ley 52 de Toro (Sent. 26 Noviembre 1862).

COMENTARIO

¿Deben limitarse las donaciones esponsalicias?

Que el amor irreflexivo unas veces, y el lujo y la ostentacion otras, han sido causa de que se hicieran gastos excesivos en la celebracion de los matrimonios, lo atestigua la historia de la legislacion, que con frecuencia ha intentado poner un freno al desordenado fausto que se ha desplegado muchas veces. Que la limitacion consignada en nuestras leyes desde el Fuero Juzgo hasta los fueros de Cáceres, de Salamanca, de Soria y las leyes recopiladas, es ineficaz lo confirma la práctica constante y el incumplimiento en que han caído todas estas disposiciones.

Por eso sin duda el proyecto de Código de 1851 hizo desaparecer todas las limitaciones que principalmente se consignan en las leyes de la Nov. Rec.; y el Código holandes solamente dice «salvo la reduccion de estas donaciones en cuanto lastimen los derechos de aquellos á quienes se debe legítima.»

Nuestras leyes vigentes, por el contrario, establecen un límite á la cuantía de las donaciones esponsalicias, y partiendo del supuesto de que el esposo es quien generalmente hace estos dones, ha buscado el tipo para regular su importancia en la dote que aporta la esposa, como medio sin duda que los gastos y sacrificios del primero fuesen proporcionales al caudal y riqueza de la segunda.

Debe advertirse que bajo la denominacion de esponsalicias se comprenden todos los gastos que el esposo haga para solemnizar el matrimonio, aunque no sean precisamente regalos personales á su esposa, y por lo tanto que todos estos gastos han de caber en la octava parte del valor de la dote que como regla señala la ley.

Complemento necesario de este precepto es el contenido en el segundo párrafo de nuestro artículo. Aunque la ley recopilada declara, sin hacer excepcion ninguna, que los plateros, mercaderes y cualesquiera otras personas no tengan accion para demandar el precio de los objetos que fiaran para las bodas, esto, en nuestro sentir, debe entenderse siempre que su cuantía induzca á creer que por tales ventas se contraviene á lo dispuesto en el primer párrafo, ó si fueren excesivas con relacion al patrimonio del esposo.

(1) Posadilla intenta demostrar que la ley no puede referirse al matrimonio putativo, fundándose para ello en que ésta habla del caso en que sea *suelto el matrimonio;* y como solamente puede soltarse y disolverse el que era válido, de aquí que el putativo que no se puede disolver, sinó que se anula, no quepa en la ley. Por este razonamiento, tampoco cabría en la ley el *nulo rato*: ésta es la contradiccion de Posadilla.

SECCION SEGUNDA

DE LAS ARRAS EN EL MATRIMONIO

Artículo 1369.—El marido tiene facultad para dar ó prometer á su mujer hasta la décima parte de sus bienes presentes ó futuros en garantía y consideracion de la dote, en remuneracion de las prendas personales de la mujer, ó en señal de matrimonio.

Esta donacion recibe el nombre de arras.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XI, Partida 4.ª

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.

Leyes 1.ª, 2.ª y 7.ª, tít. III, lib. X, Novísima Recopilacion.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 7.ª, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilacion, para que los contratos de arras sean válidos, es preciso que no excedan de la décima parte de los bienes del marido (Sentencia 19 Octubre 1872).

La ley 1.ª, tít. XI, Partida 4.ª, despues de explicar qué cosa es «dote ó donacion é arra,» al determinar el tiempo en que se pueden hacer, dispone que tales dotes y donaciones que hace el marido á la mujer, ó la mujer al marido, se pueden hacer ántes de que el matrimonio sea acabado ó *despues* (Sent. 11 Octubre 1875).

Segun la ley 2.ª, tít. XI, Partida 4.ª, hay dos maneras de arras, una que consiste en lo que da el marido á la mujer por razon de la dote, y la otra lo que da el esposo á la esposa *francamente*, que llaman esponsalicia, como donadío de esposo; y que á este donadío solamente se refiere cuando dice que ha de darse ántes de que el matrimonio sea acabado por palabras de presente, y no á la otra manera de arras que da el marido á la mujer por razon de dote (Sentencia 11 Octubre 1875).

COMENTARIO

La palabra *arras* tiene diversas significaciones. «Es peño que es dado entre algunos porque se cumpla el casamiento que se prometieron facer.» «Es donacion que el varon da á la muger por razon que casa con ella.»

En nuestro sentir, las arras no son otra cosa que la dote goda, es decir, la que el esposo daba á la esposa ó á su familia como precio de la *fermosa doncella*, pero modificada por los tiempos y las costumbres. Hoy, por consiguiente, las arras tienen por objeto remunerar las prendas personales de la esposa, pero además son una liberalidad.

En realidad, pues, las arras y las donaciones esponsalicias tienen muchos puntos de contacto, lo cual ha sido causa, juntamente con otras razones, para que la ley no las consienta juntas; que la mujer, si mediasen ambas, haya de optar entre unas y otras, como veremos oportunamente.

Una cuestion suscitan los autores al ocuparse de las arras, es á saber, si pueden constituírse despues de celebrado el matrimonio, ó solamente ántes. Rodrigo Suarez, y con él Palacios Rubios, pretenden que pueden constituírse despues de celebrado el matrimonio, porque son una misma cosa las arras y lo que ley 1.ª, título XI, Partida 4.ª, llaman donacion *propter nuptias*, á lo cual se opone Gregorio Lopez, censurando que se tomen como sinónimas cosas diversas, y expresando que si las arras pueden constituírse y aumentarse constante matrimonio, es cuando esta donacion se haya hecho en remuneracion de la nobleza de la mujer, de su gran dote ó de otra causa.

Por este mismo carácter de remuneratorias que dan á las arras los autores, admiten, en general, que son válidas áun otorgadas despues de celebrado el matrimonio. Gutierrez, sin embargo, no se funda en esta consideracion, sinó en la de que la ley no lo prohibe, y no hay peligro en tolerarlo, además de que la ley reprueba toda donacion que se hiciese sin título ni causa: pero ¿qué interés lleva en reclamar ésta, que se recomienda por sí misma?

Escriche afirma que en la práctica se han otorgado ántes y despues de celebrado el matrimonio.

Artículo 1370.—Las arras que el padre ó

madre constituyan por su hijo no podrán exceder de la décima parte que á éste haya de corresponderle por su herencia.

La disposicion de este artículo y del anterior, en cuanto fijan el máximun á que pueden ascender las arras, son irrenunciables, y los contratos ó pactos que en contrario se otorgaren se considerarán nulos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª y 7.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (50 de Toro).

COMENTARIO

En el artículo anterior hemos dicho que «el marido tiene facultad para dar ó prometer á su mujer hasta la décima parte de sus bienes presentes ó futuros.» Creemos que la redaccion del artículo hará impertinente la pregunta de si el marido puede dar ó prometer mayor cantidad de la décima parte de sus bienes, pues diciendo *hasta la décima parte*, desde luégo se manifiesta que la décima parte es el límite máximo á que puede ascender el importe de las arras, y por consiguiente, que dentro del anterior artículo está la doctrina de la ley del Fuero que dice: «Todo ome que casase no pueda dar más arras á su muger del diezmo de cuanto ouiere, é si non le diere, ó pleito sobre ello ficiere, non vala»; y de la de Toro, que la ratifica.

Pero la ley del Fuero y la de Toro hacen extensiva esta misma limitacion á las arras que se constituyen por el padre ó madre á nombre de su hijo. «Si el padre ó la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar más del diezmo de lo que puede eredar dellos.»

En cuanto al segundo párrafo del artículo que comentamos, se reduce á declarar que la prohibicion de la ley que se contiene en el párrafo anterior, y la limitacion que en el artículo precedente se encierra á la facultad del marido para dar arras á su mujer, no pueden renunciarse, y que en su consecuencia, *si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en dicha ley se guarde y ejecute*; disposicion clarísima, á nuestro entender, y que sólo por sutileza de los autores ha podido ocasionar la duda de si mediando juramento sería válida *la tal renunciacion*, pues además de que la ley por sí es terminante, la 28, tít. XI, Partida 5.ª, dice «que todo pleyto que es fecho contra nuestra ley... que non deue ser guardado, maguer pena ó juramento fuere puesto en él».

Artículo 1371.—El dominio de los bienes dados en concepto de arras corresponde á la mujer: si ésta no tuviere hijos ni dispusiere expresamente de estos bienes, pasarán á su fallecimiento á sus herederos, pero no al marido, ora aquélla haya otorgado testamento ó no.

Al marido, no obstante, corresponde la administracion de las arras durante el matrimonio, pero no puede enajenarlas ni áun con el consentimiento de su mujer.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (51 de Toro).
Art. 45, ley Matrimonio civil.

COMENTARIO

«El marido de qualquier muger no puede malmeter ni enagenar las arras que diese á su muger, maguer que ella lo otorgue: otrosí no las pueda malmeter, ni enagenar mientras que el marido quisiere, maguer que ella lo otorgare; ni despues de su muerte, mientras que fijos vivos dél oviese, fueras ende en la cuarta parte.» Tal es la ley del Fuero, que adjudica á la mujer el dominio pleno y absoluto sobre las arras. Consecuencia inmediata de este dominio es que el marido no pueda enajenarlos, y que al fallecimiento de la esposa pasen á sus hijos, y en defecto de éstos á los demás herederos de ella, *é no al marido, ora la muger faga testamento ó no*, como dispone la ley de Toro.

Discuten los autores sobre la facultad de disponer que las leyes conceden á la esposa, tratándose de las arras, y sobre su obligacion de reservar en ciertos casos. En el lugar correspondiente (tomo I, pág. 575 y siguientes), hemos visto qué bienes tienen la cualidad de reservables cuando la mujer pasa á segundas nupcias. Ahora sólo debemos añadir que, en sentir de Llamas, cuando la mujer permanece en la viudez, no puede disponer de las arras en perjuício de sus hijos, porque—dice—«si la mujer tuviera la libre facultad de disponer de las arras teniendo hijos, no hiciera la presente ley de Toro (51) la limitacion que se infiere de sus palabras, *si la muger no ouiere fijo*, sinó que hablaría con la claridad y especificacion que se ve

lo hicieron los que intervinieron en su formacion, en la ley 14, tratando de los bienes adquiridos constante matrimonio, en donde clara y distintamente expresan que cualquiera de los contrayentes que pase á segundas nupcias, disuelto el primer matrimonio, del que hayan tenido hijos, puedan disponer libremente de sus bienes multiplicados como de los demás bienes que no hubieren sido de ganancia».

Por último, en cuanto á la prohibicion que la ley del Fuero consigna, de que el marido no pueda enajenar las arras ni áun con el consentimiento de su mujer, téngase presente lo dispuesto en los artículos 178, 188 y 189 de la ley Hipotecaria.

Artículo 1372.—La mujer tiene derecho á exigir del marido la constitucion de hipoteca legal por las arras ó donaciones que el mismo le haya ofrecido dentro de los límites de la ley.

La hipoteca legal, por razon de arras y donaciones esponsalicias á que se refiere el párrafo anterior, sólo tendrá lugar en el caso de que unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de la dote. Si se ofrecieren sin este requisito, sólo producirán obligacion personal, quedando al arbitrio del marido asegurada ó no con hipoteca.

ORÍGENES

Arts. 168 y 178, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

En opinion de Gomez, la mujer tenía hipoteca tácita sobre los bienes de su marido, por razon de las arras que éste habia ofrecido, si bien, segun expresa el mismo autor, no tenía por este concepto el derecho de prelacion de que disfrutaba por su dote, en atencion á que en un caso se trataba de evitar un daño (*damno vitando*), y en el otro de adquirir un lucro (*lucro captando*).

Hoy, con arreglo á la ley Hipotecaria, la mujer solamente tiene derecho á la constitucion de hipoteca especial y pública cuando las arras se hubiesen constituído como aumento de dote: de otro modo sólo producirán una obligacion personal, que el marido podrá asegurar ó no con hipoteca, á su arbitrio.

A los efectos de este artículo de la ley deberá hacerse constar en la escritura de constitucion si se ofrecen ó no como aumento de dote, estando el notario obligado á preguntar á los otorgantes acerca de este extremo, enterándoles de sus derechos en uno y otro caso, es decir, la obligacion de constituír hipoteca si fueren aumento de dote, y la facultad del marido para constituírla ó no en el caso contrario. No haciéndose en la escritura manifestacion alguna sobre este punto, quedará á la mujer la accion personal únicamente. (Art. 53, Instruccion sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos á registro.)

Artículo 1373.—Si el marido ofreciere á la mujer arras y donaciones esponsalicias, solamente quedará obligado á constituír hipoteca por las unas ó por la otra, á eleccion de la misma mujer, ó á la suya, si ella no optase en el plazo de veinte días que la ley señala, contado desde el en que se hizo la promesa.

ORÍGENES

Art. 179, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Aunque al hablar de las donaciones esponsalicias no hemos consignado que la ley confiere á la mujer hipoteca legal por aquel concepto, el artículo anterior de la ley Hipotecaria se refiere, del mismo modo que á las arras, á las donaciones de aquella especie, y por consiguiente por unas y por otras en los mismos casos podrá la mujer pedir la constitucion de hipoteca especial.

Mas al hacerse la ley Hipotecaria se tocó un inconveniente, y es, que con arreglo á la ley 52 de Toro, las arras y las donaciones esponsalicias se excluyen de tal modo, que la mujer ó sus herederos habian de optar por unos ó por otras en cierto plazo contado desde la disolucion del matrimonio. Como en realidad hasta que llegaba este tiempo no se resolvía sobre la validez de unas y otras donaciones, la constitucion de la hipoteca no era posible, á no ser que el marido lo hiciera por ambos, en cuyo caso se daba el contrasentido de garantir la entrega de dos cosas cuando solamente debía una.

No había, por consiguiente, otro medio para salvar la dificultad, que el adoptado por la ley.

Hé aquí lo que á este propósito dice la exposicion de motivos de la misma:

«Pero como ni el marido ni sus herederos,

cuando en la celebracion del matrimonio hubo arras y donaciones esponsalicias, están obligados á devolver unas y otras, sinó que su obligacion es alternativa, teniendo la mujer ó sus herederos la facultad de elegir en el término de veinte días, contados desde el requerimiento, y pasando por su silencio este derecho al marido ó á sus herederos, la Comision no ha podído ménos de tomar en cuenta esta importante circunstancia. Establécese al efecto que la mujer dentro del plazo legal tenga que elegir por qué bienes quiere que se constituya la hipoteca, si por las arras ó por las donaciones, y que se cuente el término desde el día en que se hizo la promesa, pasando despues la facultad de elegir al marido y á sus sucesores. El precepto en el fondo es el mismo; sólo se cambia el tiempo en que debe elegirse para hacer posible y oportuna la constitucion de la hipoteca.»

Resulta, pues, resumiendo las disposiciones de la ley Hipotecaria en esta materia, que la hipoteca legal por razon de arras y donaciones esponsalicias sólo tiene lugar cuando unas y otras se ofrezcan por el esposo ó marido como aumento de dote: que si se ofrecieren sin este requisito, se producirá únicamente una obligacion personal, quedando al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca: y que si se hubieren ofrecido de ambas donaciones como aumento de dote, solamente habrá de constituírse la hipoteca por una ó por otra, á eleccion de la mujer, que tiene para hacerlo veinte días, contados desde que la promesa se hizo, trascurridos los cuales la eleccion es del marido.

Artículo 1374.—Mediando á la vez arras y donacion esponsalicia, la mujer ó sus herederos optarán por unas ú otra en el plazo de veinte días siguientes á la disolucion del matrimonio. Trascurrido este plazo sin haber hecho la eleccion, corresponde ésta al marido ó sus herederos, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (52 de Toro.)

COMENTARIO

Refiriéndose esta ley á los derechos de la mujer sobre las donaciones esponsalicias, dice: «Pero si arras oviese, que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos: muerta ella, tomar las arras ó dejarlas é tomar todo lo que el marido la ovo dado siendo con ella desposado: lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no se escogieren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.»

Esta disposicion y la del artículo anterior son perfectamente armónicas. Aquélla se refiere al caso en que unas y otras donaciones se hayan ofrecido como aumento de dote; la presente ha quedado únicamente aplicable al caso en que no se hayan constituído con aquella formalidad.

El precepto es bastante claro para merecer más prolija explicacion.

Artículo 1375.—Se entienden revocadas las arras por el adulterio de la mujer, por el abandono de la casa marital con aquel propósito, ó por hacer vida disoluta en la viudéz.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 9.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.
Ley 5.ª, tít. II, lib. V, Fuero Juzgo.

COMENTARIO

«Si alguna muger fiziese adulterio é probado le fuere, pierda las arras si el marido quisiere. Otrosi: si la muger se fuere de casa de su marido, é se partiese dél por razon de fazer adulterio, pierde las arras maguer no les sea probado que cumplió la voluntad que quiso por algun embargo, pues que no fincó por ella de lo cumplir,» dice el Fuero Real. Esta regla es resultado, segun expresa un autor, de que las arras provienen de la generosidad y alientan la virtud, siendo imposible separar los deberes del matrimonio de las ventajas que ocasiona.

La ley del Fuero Juzgo dice ademas: «Si el marido da alguna cosa á la muger é la muger despues de la muerte del marido non fiziere adulterio, mas estuviese en castidad é se casare cuemo deue de lo quél dió, el primer marido puede fazer lo que quisier, si fiios non oviere dél. E si muere sin fabla é non á fiios, si el primer marido es vivo, deue tornar la donacion al primer marido ó sus herederos; é si faze adulterio, ó se casa cuemo non deue, deue perder cuantol diera el marido, é deue tornar al primero marido ó á sus herederos.»

Algunos autores entienden que esta ley no está vigente, y por tanto que la vida disoluta ó

poco honesta que hiciese la viuda no podrá hacerle perder las arras.

Colocamos la ley en nuestro artículo, más que todo, por su influencia moralizadora, por más que en la práctica no la hayamos visto invocar, lo cual no arguye contra su validez.

SECCION TERCERA

DE LAS DONACIONES DURANTE EL MATRIMONIO

Artículo 1376.—Toda donacion de un cónyuge á otro durante el matrimonio, será revocable expresa ó tácitamente, á voluntad del donante.

Si el donatario premuriese, se entenderá revocada la donacion.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1096, Cód. Francia.—Ley 32, párr. 2.º y 16, tít. I, lib. XXIV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Por la ley romana, Digesto, 1.ª *De donationibus inter virum et uxorem*, están prohibidas las donaciones entre marido y mujer (Sents. 2 Marzo 1866, 25 Setiembre 1871).

Aun en las que exceptúa de la prohibicion que tambien establece la ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª, se requiere como circunstancia indispensable para su validez y subsistencia que *nunca el donador las desfiziesse en su vida*, ni las revocase expresa ó tácitamente y por sus actos, quedando, por lo tanto, sin efecto ni eficacia legal *si muriese aquel que recibiera la donacion ante de aquel que la fizo* (Sent. 2 Marzo 1866).

Cuando la que resulta hecha por el marido á la mujer, aunque hubiese sido remuneratoria, ha sido despues revocada por el mismo marido, queda sin validez alguna, pues segun la ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª, habria sido preciso, para que dicha donacion fuese subsistente, «que nunca el donador la desfiziese en vida.» (Sent. 25 Setiembre 1871).

Segun doctrina legal y jurisprudencia establecida por el Supremo Tribunal, no es válido el convenio en que el marido y la mujer se adjudican el dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio (Sent. id. id.).

COMENTARIO

El proyecto de Código dice: «Toda donacion de un cónyuge á otro durante el matrimonio será nula.» Nosotros decimos que «será revocable á voluntad del donante:» la doctrina en realidad no difiere gran cosa; pero con arreglo á nuestra ley es válida la donacion cuando el donante fallece ántes que el donatario sin haber revocado la donacion, lo cual no sucedería con el artículo del proyecto.

Una ley del Fuero Juzgo y otra del Real prohibian las donaciones entre cónyuges solamente en el primer año de matrimonio, «mas ante que el anno sea passado, ni el marido á la muger, ni la muger al marido non puede dar mas de las arras.....»

Entienden generalmente los autores que la ley de Partida, al declarar revocables las donaciones de un cónyuge al otro, derogó la ley del Fuero Juzgo, por estar la disposicion de ésta comprendida dentro de aquélla; lo cual no tenemos por absolutamente cierto, ántes por el contrario, parece que dichas leyes se refieren á casos distintos y contienen resoluciones tambien diferentes. Cabría, pues, decir que ambas leyes pueden observarse, siendo *nula* toda donacion que se hiciese en el primer año de matrimonio con arreglo al Fuero, y solamente *revocable* la que se hiciera despues de este año, de conformidad con la Partida, cuya diferencia se apercibe sin más explicacion.

Acaso este razonamiento sea inspirado por el respeto que nos merece la legislacion visigoda, no pareciéndonos que deba entenderse derogada por la de orígen romano. No nos atrevemos, sin embargo, á poner nuestro dictámen en frente del de ilustres jurisconsultos, y en el artículo consignamos la doctrina corriente.

Aunque la prohibicion de la ley es terminante, tiene razon Goyena al decir «que habría grosería y hasta barbarie en prohibir á los esposos ciertas inocentes finezas y muestras de cariño;» lo cual justifica que en el proyecto de Código no se comprendan en la regla general los regalos módicos que los cónyuges acostumbran á hacerse en ocasiones de regocijo para la familia, conforme con la ley 31, Partida 1.ª, libro XXIV del Digesto.

El último párrafo de nuestro artículo no precisa explicacion.

Artículo 1377.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, serán válidas é irrevocables las donaciones hechas durante el matrimonio:

1.º Si por ellas no se hiciere el donante más pobre, y se enriqueciere el donatario, como si el marido renunciase una herencia que se le deja en testamento, para que la reciba su mujer sustituída en el mismo.

2.º Si por ellas no se enriqueciera el donatario, áun cuando el donante se haga más pobre, como si el marido donare á su mujer terreno para construír una iglesia.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 6.ª, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Como el objeto de la ley al prohibir las donaciones entre cónyuges es hacer imposible que uno de ellos empobrezca y se enriquezca el otro, evitando así que los extravíos del cariño puedan alterar de una manera notable la fortuna del marido ó de la mujer, ha parecido al legislador que podía hacer algunas excepciones que no fueran perniciosas á los intereses de ambos. Así únicamente se explica el contenido de las leyes que comentamos.

Siempre que la donacion enriquezca á uno de los cónyuges empobreciendo al otro, la donacion es revocable. Cuando el donante se hace más pobre sin enriquecerse el donatario, y cuando éste se enriquece sin empobrecerse aquél, la donacion es válida, eficaz y subsistente.

Los ejemplos de la ley aclaran más la doctrina expuesta. «Esto seria como si algun ome ó muger fiziesse su eredero algun ome casado diciendo assí: Yo fago mi eredero á tal ome (nombrandole señaladamente) e mando que quando él finare que este eredamiento quel yo dó, que finque á su muger. Ca si el marido della, ante que entrasse en tenencia de aquella eredad la diesse a su muger, valdria tal donacion... Eso mismo seria, si alguno en su testamento mandasse al marido alguna cosa assi como casa ó viña ó eredad en la manera sobredicha: e despues la diesse a su muger ante que fuesse apoderado della. Otro tal seria si el marido diesse á la muger alguna cosa que non fuesse suya: ca valdria la donacion para poderla ganar por tiempo.»

La ley siguiente añade: «...si vno dixiesse al otro que daua alguna sepultura suya en que se soterrasse ol diesse ol alguna Eglesia ó Monasterio... tales donaciones como estas ó otras semejantes dellas deuen valer...»

CAPÍTULO III

DE LA DOTE

SECCION PRIMERA

DE LA CONSTITUCION DE LA DOTE Y BIENES QUE LA COMPONEN

Artículo 1378.—La dote es el capital que aporta la mujer al marido para soportar las cargas del matrimonio.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1540 Cód. Francia.—Leyes 7.ª, 56, párr. 1.º, y 76, tít. III, lib. XXIII, Digesto.

COMENTARIO

Pertenece de lleno la doctrina de este capítulo, así como la de los capítulos siguientes, al régimen y desenvolvimiento económico de la familia.

Tres sistemas principalmente hánse aceptado por las distintas legislaciones, cuando se ha tratado de regular la marcha del matrimonio considerado como union que ha de producir notables efectos en todo lo que se relaciona con los bienes de los cónyuges.

Estos sistemas son:

El de separacion absoluta de bienes.

El de comunidad.

Y el mixto.

El de separacion de bienes, llamado tambien sistema dotal, se desarrolló principalmente en Roma, y de allí pasó á nuestro Derecho, combinándose con el de comunidad y formando así el sistema mixto que constituye la doctrina de nuestra legislacion vigente. Cuál de los tres sistemas sea el preferible, no es cosa fácil de determinar *á priori*. La historia y las costumbres de cada nacion harán de resultados más fecundos uno ú otro de los sistemas. Entre nosotros entendemos que debe conservarse el sistema mixto, ya que por fortuna han podido combinarse de una manera que en general carece de grandes lunares donde la reforma sea precisa.

El sistema mixto que se consigna en nuestras leyes establece la separacion de los bienes que cada uno de los cónyuges aportó al matrimonio, y la comunidad de los frutos de estos mismos bienes y la de todos los demas que enumeraremos en el lugar correspondiente.

Los bienes que la mujer aporta al matrimonio son de dos clases: dotales y parafernales.

La dote es *el algo que da la mujer al marido por razon de casamiento.*

Dos est pecunia quæ pro muliere, vel ab illa, datur viro ad fecunda matrimonii onera, dice el Digesto.

De los parafernales nos ocuparemos despues.

Artículo 1379.—Los padres y parientes de cualquiera de los esposos, el esposo y áun las personas extrañas, pueden constituír dote á la mujer ántes ó despues de contraer matrimonio.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 10, 11, 12, 13 y 30, tít. XI, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

La promesa hecha por un padre en la escritura de capitulaciones matrimoniales de su hija, de entregarle como dote una cantidad, sin añadir condicion alguna de que la entrega se haría en bienes muebles ó raíces, valores determinados, ó en lo que consistió la legítima materna de aquélla, es una obligacion pura é incondicional de entregar en metálico la cantidad prometida. La sentencia que no lo estima así y autoriza al padre para entregar la cantidad en bienes, efectos ó metálico, á su voluntad, infringe la ley 3.ª, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 13 Noviembre 1868).

El pacto celebrado por unos tios con su sobrina en la escritura solemne de capitulaciones para el matrimonio que contrajo, y en que se obligaron los donantes, no sólo á dotar en parte á dicha su sobrina, sinó que se comprometieron igualmente á que despues del fallecimiento de ambos sería uno de sus herederos, fué un pacto lícito, conforme á las buenas costumbres, que debieron cumplir los promitentes: y si no lo cumplieron, pretiriéndola en su testamento posterior, dicha obligacion pasó á las herederas instituidas, que están en el caso de cumplirla (Sent. 30 Enero 1875).

El papel privado en que el marido de dicha sobrina ofreció restituir á los herederos del testamento algunos granos y efectos que había recibido, no es ni puede estimarse una renuncia formal de los derechos de la misma á la herencia de sus tíos, porque ni aquél por su cualidad de marido podía hacer por sí semejante renuncia, ni la mujer intervino en aquel documento, ni había otorgado facultad especial á su esposo para aquella renuncia; por todo lo cual, no habiendo la misma y los herederos celebrado contrato alguno bilateral, no se infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., al no dar valor á dicho documento (Id., id., id).

COMENTARIO

Las dotes... se pueden facer ante que el matrimonio sea acabado ó despues.

Sentado este principio, parece excusado añadir que *si por aventura despues que el matrimonio fué acabado la muger quisiese acrescer la dote al marido, puedalo facer*, porque concediendo la ley la facultad de constituír el todo de la dote despues de celebrado el matrimonio, con mayor razon debía entenderse que podía aumentarse la constituída.

Pueden dotar:

El padre.

La madre.

Los parientes de la mujer.

El esposo.

Los parientes de éste.

Y los extraños.

De aquí nace la clasificacion de la dote en adventicia y profecticia.

Adventicia es aquella que da la mujer por sí misma de lo suyo á su marido ó la que da por ella su madre ó algun otro pariente, que no sea su ascendiente ó descendiente, ó un extraño. Profecticia «dícenla así porque sale de los bienes del padre, abuelos ú otros parientes que suben por línea derecha;» pero no será profecticia, sinó adventicia, la que constituya el padre con bienes ó cantidades que debiere á su hija, *porque non gelo da como padre, mas como otro extraño.*

Artículo 1380.—El padre, y en su defecto la madre, están obligados á dotar á sus hijas legítimas que no estén emancipadas.

La obligacion de dotar pesa sobre el abuelo paterno, en defecto de los padres, cuando la nieta fuere pobre.

ORÍGENES

Leyes 8.ª y 9.ª, tít. XI, Partida 4.ª

Ley 4.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (53 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 7.ª, tít. XI, lib. V, Código.—Ley 19, tít. II, lib. XXIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando un padre reconoce la obligacion en que está de dotar á sus hijos, la cuestion debe versar en fijar el caudal líquido del que deben deducirse (Sent. 14 Mayo 1866).

Siendo la dote una legítima ó parte de ella anticipada, y que en su día tiene que traerse á colacion, es potestativo en el padre entregarla en dinero ó en bienes, de la misma manera que se efectúa en dichas legítimas (Sent. 4 Mayo 1866).

Si bien las leyes especiales que rigen en Cataluña imponen á los padres la obligacion de

dotar á sus hijas, no hay disposicion alguna que fije la cantidad á que deben ascender las dotes, ni la manera en que indispensablemente hayan de cumplir aquéllos con el expresado deber. Reservado al arbitrio judicial el determinar cuanto se relaciona con ambos puntos, ha de estarse á la apreciacion que la Sala sentenciadora haga cuando contra ella no se alegue que al hacerla se ha infringido alguna ley ó doctrina legal (Sent. 21 Diciembre 1867).

No hay ley alguna en Aragon que marque la proporcion que deben tener las dotes con el caudal paterno (Sent. 2 Julio 1868).

La promesa hecha por un padre en la escritura de capitulaciones matrimoniales de su hija de darla una cantidad por vía de dote, sin añadir condicion alguna de que la entrega se haría en bienes muebles ó raíces, ó valores determinados, es una obligacion pura é incondicional de entregar en metálico la cantidad prometida (Sent. 13 Noviembre 1868).

Nada prescriben las leyes respecto á indemnizaciones para el caso de no poder pagar la dote por motivos poderosos (Sent. 1.° Octubre 1874).

COMENTARIO

Las dotes son necesarias y voluntarias, cuya diferencia nace de que las primeras se constituyen por mandato de la ley, que impone á determinadas personas la obligacion de dotar, así como las segundas dependen únicamente del arbitrio del que las otorga.

Tienen obligacion de dotar:

1.° El padre.

2.° La madre, en defecto del padre.

3.° El abuelo en defecto de los padres, si la nieta fuere pobre.

4.° El curador ó menor que tuviere en guarda con los bienes del patrimonio de aquélla.

En cuanto á la obligacion de la madre, si bien es verdad que no hay ley que la consigne expresamente, parece indudable que conferida la patria potestad á la madre en defecto del padre sobre los hijos legítimos no emancipados (art. 64, ley del Matrimonio civil), haya adquirido la obligacion de dotar, que es como inherente á la potestad que ejerce en aquel caso. No todos los autores, sin embargo, admiten esta doctrina.

Disienten los autores sobre si el padre (y por tanto la madre en su caso) deberá dotar á la hija emancipada, expresando Gregorio Lopez y Covarrubias que la emancipacion no modifica el deber del padre: parécenos, sin embargo, más conforme con la ley la opinion contraria, que sustentan Antonio Gomez y otros.

La obligacion de dotar impuesta al padre, ¿se refiere á las hijas legítimas, ó tambien á las naturales?

Covarrubias y Llamas creen que en la ley se comprenden ambas clases de hijas: en contra se deciden Gomez, Escriche, La Serna y el señor Gutierrez.

Habiendo desaparecido la pena de desheredacion para el caso de que los hijos contraigan matrimonio sin consentimiento paterno, que tampoco esta circunstancia podrá excusar al padre de la obligacion de constituir la dote.

Artículo 1381. — Cuando la dote fuere constituída juntamente por el padre y la madre, ó por el padre solamente, deberá pagarse con los bienes gananciales, si los hubiere, ó hasta donde alcancen; y no habiéndolos ó siendo insuficientes, pagarán ó completarán el resto por mitad el padre y la madre, si ambos la hubiesen constituído, ó el padre con sus bienes, si él solo la hubiera constituído.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XX, lib. III, Fuero Real.

Ley 4.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (53 de Toro).

Ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1458).

JURISPRUDENCIA

La ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec., por la que se dispone que cuando dos se obligan simplemente por contrato ó en otra alguna manera, se entienda serlo cada uno por la mitad, no puede tener aplicacion á las donaciones que por causa de matrimonio otorguen los cónyuges á favor de sus hijos en concepto de pago anticipado de lo que por sus legítimas paterna y materna pudiera corresponderles.

Siendo la donacion por causa del matrimonio hija del cumplimiento de una deuda legal, es natural suponer que cada uno de los padres donantes quiera desprenderse de la parte ó cantidad proporcionada á su patrimonio (Sent. 8 Junio 1866).

COMENTARIO

Dice Covarrubias que la razon de esta ley está en que la dote hecha en tiempo del matri-

monio es una deuda contraida *constante matrimonio*, y que de consiguiente debe satisfacerse de los bienes gananciales del matrimonio, conforme á la ley 14, tít. XX, lib. III, Fuero Real, que dice: «Todo deudo que marido é muger fiziessen en uno, paguenlo otrosi en uno.»

La doctrina de la ley nos parece terminante: habiendo gananciales, de ellos se constituirá la dote; no habiéndolos, ó siendo insuficientes los que existan, se constituirá en el primer caso, ó se completará en el segundo, con los bienes de ambos cónyuges, si juntamente la otorgaron, y con los bienes patrimoniales del marido si él solo la constituyó.

La ley, no obstante la claridad con que está redactada, ha dado lugar á una duda en que se empeñan los autores: es á saber, si tendrá aplicacion su contenido en el caso de que el marido dotare en tiempo en que se hubiere disuelto el matrimonio.

Covarrubias, y con él Lopez, Matienzo y Acevedo, entienden que debe pagarse la dote de los gananciales de marido y mujer, cuando el marido lo constituyó, disuelto ya el matrimonio; porque áun cuando la constitucion de la dote no se hizo constante aquél, la obligacion de dotar es una carga de la sociedad conyugal procedente del matrimonio en que se procrearon los hijos; es una deuda legal que el padre contrajo en tiempo del matrimonio y por causa de él.

En contra se resuelven Gomez, Ayora, Molina, Llamas y algun otro. Y, en efecto, segun expresa Llamas, «cuando el padre, disuelto el matrimonio, dota á la hija, ó se ha de sacar la mitad de esta dote de los gananciales que cupieron á la madre, ó de la parte que tocó á la hija en las particiones con sus hermanos: si lo primero, se seguiría que se debía despojar y privar á los demás hijos de la parte de gananciales que les había cabido por disposicion de su madre, lo que dice una reconocida repugnancia, pues es privar á un hijo de parte de la herencia que le ha tocado de su madre, por acrecentar la de otro, contra la expresa voluntad del testador; si lo segundo, se seguiria que no bastando la la parte de gananciales que cupo á la hija para completar la mitad de la dote que le ha de dar su padre, debería éste suplirla, ó de la parte de ganancias que le tocó en la particion con su mujer, ó de sus propios bienes: y en uno y otro caso resulta que en el caso de que disuelto el matrimonio promete el padre la dote, no se satisface ésta de por mitad de los gananciales habidos en constante matrimonio, como quiere la ley.»

A esta consideracion podemos añadir la de que en realidad despues de la disolucion del matrimonio no hay gananciales, pues los bienes que tenían este carácter lo perdieron para convertirse en bienes de la propiedad del marido y bienes propios y hereditarios de los hijos; y por lo tanto, desde el momento en que los hijos hacen suyos los bienes de su madre, hay notoria impropiedad en darles aquella denominacion.

Artículo 1382.—La dote constituída por los padres ha de ser proporcionada á la riqueza y posicion social de aquéllos.

En ningun caso podrá la dote exceder del importe de la legítima de la hija: y ni tácita ni expresamente se entenderá ésta en vida mejorada en tercio ni quinto por razon de casamiento.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (Prag. de Madrid, 1534).

JURISPRUDENCIA

La oferta de unos bienes que se hace á una hija por vía de dote y con preferencia á sus hermanos, no es una mejora en el sentido y para los efectos de la ley 6.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 8 Enero 1861).

COMENTARIO

Atenta la desorden y daños que se han recrecido y recrecen, de las dotes excesivas que se prometen... vistos los pareceres y acuerdos de los de nuestro consejo, mandamos que en prometer y en dar nuestras dotes se tenga y guarde la manera siguiente: desde doscientos á quinientos mil maravedis de renta la dote para cada una de las hijas legitimas será de un cuento...; y así continúa la ley estableciendo la escala de dotes en relacion con la renta del dotante. De esta ley se deduce, por tanto, que la dote ha de ser proporcionada á la riqueza y posicion social del padre que la otorga: en cuanto á la proporcion entre los maravedis de renta y los cuentos, no creemos que pueda tener aplicacion.

El segundo capituló de la ley añade: «Y mandamos que ninguno pueda dar ni prometer por vía de dote ó casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna ma-

nera de contrato entre vivos; sopena de que todo lo que demas de lo aqui contenido diere y prometiere, segun dicho es, lo haga perdido y pierda...»

La limitacion es, pues, terminante. La diferencia que se nota en nuestro artículo al decir que «no excederá de la legítima,» obedece á la combinacion de esta ley con otras, y á la práctica constante de los Tribunales.

Artículo 1383.—Para regular la inoficiosidad de la dote conforme á lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior, se computarán los bienes del donante en la época de su fallecimiento, ó en el de la constitucion de la dote, á eleccion de la dotada.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (29 de Toro).

COMENTARIO

Imponía la ley de Toro á la hija la obligacion de colacionar la dote en cuanto fuese inoficiosa y añade: «E para se decir la tal dote inofficiosa se mire á lo que escede de su legitima de tercio é quinto de mejoria, en caso que el que la dió podia facer la dicha mejoria cuando fizo la dicha donacion ó dió la dicha dote, *habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote..... do más quisiere escoger aquél á quien fué la dicha dote prometida ó mandada.*»

Desde luégo se apercibe que habiéndose dictado posteriormente la Pragmática de Madrid, que es la ley 6.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (véase el artículo anterior), quedó la ley de Toro derogada en la parte que se refiere á la mejoría, que aquélla prohibió terminantemente.

¿Quedó tambien derogada en cuanto á la facultad que confiere á la hija para elegir el tiempo en que se haya de regular la dote?

La opinion de los comentaristas se divide en este punto.

Llamas, si bien no muy resueltamente, parece decidirse por la no derogacion, y lo mismo expresa Posadilla en términos categóricos, al que sigue Escriche, el cual dice que áun cuando puede suceder que el patrimonio sea más cuantioso en un tiempo que en otro, resulta por esta parte una ventaja con que se compensa la desventaja que tiene de que las dotes «no las servir para mejoras como sirven las donaciones *propter nuptias* á los hijos.» En una razon semejante funda Goyena la doctrina del art. 1252 del Proyecto que sigue á la ley de Toro.

Gomez, y con él el Sr Gutierrez, optan por la derogacion, pues la Pragmática prohibe mejorar á los hijos directa ó indirectamente, y la eleccion de tiempo es y no puede ménos de ser una mejora.

Nosotros hemos seguido en el artículo la opinion de Posadilla, que es tambien la que acepta el proyecto de Código, por ser la generalmente admitida en la práctica.

Artículo 1384.—El curador deberá dotar á la menor que tuviere en guarda con todos los bienes que constituyan el patrimonio de ésta.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Otrosi qualquier ome que tenga en su poderio ó en su guarda alguna manceba con todo lo suyo..... puedenlo apremiar que la case, é quel establezca dote segund fuere la riqueza della é la nobleza de aquel con quien la casa, dice la ley de Partida. Aun cuándo ésta parece hablar de una especie de proporcion entre la dote y la riqueza de la menor y la nobleza del esposo, es indudable que la obligacion del curador es constituír la dote con todos los bienes de la menor que tuviere en guarda, sin que la nobleza del que con ella se case le autorice á disminuír la dote, así como tampoco, por idéntica consideracion, puede compelérsele á que la constituya mayor de lo que permita el patrimonio que administre.

Artículo 1385.—En el caso del artículo anterior los bienes muebles que constituyan la dote se entregarán al marido con asistencia del curador, y los inmuebles con intervencion judicial.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

«Asignada ó establescida puede ser la dote.

tambien en las cosas llamadas rayz como en las muebles de qual natura quier que sean. Pero si la muger quisiesse dar la dote a su marido, de cosa que fuesse rayz, si ella fuesse menor de veynte é cinco años, non lo puede fazer por si maguer oviesse guardador, a menos de lo fazer saber al Juez de aquel logar, que gelo otorgue. Mas si quisiesse dar la dote de las cosas muebles, puedelo facer con consentimiento de aquel que ha en guarda a ella é a sus cosas; é non ha porque lo dezir al Juez del lugar.»

La distincion, pues, que establece la ley de una manera tan terminante, no es por razon del valor de las cosas dadas en dote, sinó por su calidad de muebles ó raíces. Sin embargo, Gutierrez aconseja que cuando se trate de objetos muebles de gran precio, lo más seguro será cumplir con el requisito de la intervencion judicial, porque á nadie perjudica y desde luégo deja á salvo la responsabilidad del curador.

Créese por algunos que esta ley de Partidas ha sido derogada por la ley Hipotecaria, toda vez que al estimar ésta suficiente la intervencion de los padres ó del curador de la mujer menor de edad para los actos importantes de reclamar la hipoteca legal y calificar la suficiencia de la ofrecida por el marido, así como el reservar la intervencion judicial al caso en que no hubiere avenencia ó conformidad entre los esposos sobre la obligacion de constituír dicha hipoteca y sobre la calidad y cuantía de los bienes ofrecidos, parece como que rechaza la previa autorizacion judicial para que los cónyuges menores de edad puedan celebrar los contratos de aportacion dotal, no habiendo artículo alguno en la ley que exija autorizacion judicial para los actos relacionados con la aportacion dotal por parte de la mujer menor de edad. Esta opinion parece tener en su apoyo lo quese dice en una resolucion de la direccion general de Registros, de 3 de Mayo de 1878, en que, si bien refiriéndose á otra duda, se muestra en un sentido análogo, si no idéntico; sin embargo, como parte de la base de una derogacion virtual, á las que somos poco afectos, no aconsejaríamos nunca que se prescindiera del precepto contenido en el artículo que comentamos.

Artículo 1386.—La dote puede constituírse puramente ó bajo condicion y con los plazos que se estipulen, debiendo guardarse los pactos que imponga el que la diere, siempre que sean lícitos, con arreglo á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Leyes 10, 11, 13 y 30, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

La constitucion de la dote está sujeta á las reglas generales de la contratacion en todo aquello á que se refiere el presente artículo. Así, todas las condiciones, plazos, gravámenes y pactos que al otorgarse se le agreguen son válidos y eficaces, siempre que no sean opuestos á las leyes ni contrarios á las buenas costumbres.

Debemos advertir que en todas las dotes, cualquiera que sea la forma bajo la que se haya otorgado, va implícita la condicion de que el matrimonio se celebre; así es que dice la ley 11, refiriéndose á las condiciones que pueden ir unidas á la dote, «prometiendole dar tal cosa si se compliese el matrimonio. E tal condicion como esta siempre se entiende quier sea nombrado ó non.»

Non enim potest esse dos sine nuptiis.

Artículo 1387.—La dote puede constituírse en forma de promesa ó mediante entrega de presente hecha al marido ó á otro en su nombre. En este último caso el marido deberá confirmarla, para que sea de su cuenta el riesgo de la pérdida.

ORÍGENES

Leyes 10 y 13, tít. XI, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

La promesa hecha por un padre en la escritura de capitulaciones matrimoniales de su hija, de darla una cantidad previa de dote sin añadir condicion alguna de que la entrega se haría en bienes muebles ó raíces, ó valores determinados, es una obligacion pura é incondicional, de entregar en metálico la cantidad prometida (Sent. 13 Noviembre 1868).

COMENTARIO

Aun cuando el modo más comun y ordinario de constituírse las dotes es, haciendo entrega de presente de los bienes en que se constituye, esto no es de esencia; así es que la ley permite que se otorguen en forma de promesa, y tambien pueden constituírse en la forma de libera-

cion de una deuda del marido ó de un extraño, como tendremos ocasion de ver en los artículos siguientes.

La entrega de los bienes dotales puede hacerse á un tercero á nombre del marido; mas para que cause efectos será preciso que éste confirme la entrega, siendo desde entónces responsable de las pérdidas que experimenten.

Artículo 1388.—Tambien se constituye la dote reconociendo el marido tener por recibido en tal concepto la misma cantidad por que le fuere deudor á su mujer, ó si el acreedor del marido renunciase la deuda para que se entienda dote de aquélla.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Otra clase de dote seria como si el marido fuesse debdor de la muger e dijesse: Otorga que me dedes en dote tantos maravedis ó tal cosa que vos ya auia á dar, é dijesse ella: Otorgolo é helo por firme é soy pagada, asi como si los ouiesse recibido.

E esso mismo seria, si el marido fuesse debdor á otro ome qualquier, é él quitasse el debdo en esta manera sobredicha, dandogela por dote en nome de aquella mujer con quien casa. Ca estonce finca aquella debda al marido por dote de su mujer: tales son las otras dos clases de dotes que enumera la ley de Partida. Su contexto es suficientemente claro para que sea necesaria una explicacion prolija de esta doctrina.

Artículo 1389.—Es nula la promesa de dote hecha para cuando se disuelva el matrimonio.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Aunque la ley consiente que se constituya la dote á un día cierto ó á un plazo determinado, esto se entiende siempre que por este plazo ó día la dote no deje de cumplir su cometido.

Fundado en esta razon, no ha permitido el legislador que la dote se prometiera para despues de la disolucion del matrimonio, pues que entónces no podría dedicarse á sobrellevar las cargas de la familia. «E en tiempo non cierto seria, como se dixesse alguna muger, ó otro por ella: Prometo de dar, á la sazon que muriese, por dote cient maravedis. E en esta ha departimiento. Ca si la muger estableciesse dote á su marido en esta manera, non valdria. E esto es, porque prometió de la dar en tal tiempo, que non ternia ya estonce el matrimonio: nin otrosi non se podria el marido della aprouechar.»

En nuestro sentir, la regla es más general de lo que parecen indicar estas palabras; por eso hemos redactado en otra forma el artículo.

Artículo 1390.—Si los bienes que constituyen la dote hubiesen sido valorados con estimacion que cause venta á su ingreso en el matrimonio, recibirá aquélla el nombre de estimada. En otro caso se llama inestimada.

Si la estimacion en el primer caso no fuese exacta, puede el marido, ó el que constituyó la dote, reclamar contra ella, sea cual fuere el error ó engaño cometidos.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Segun el art. 1402 Cód. Italia, la tasacion del inmueble constituído en dote no trasfiere la propiedad al marido, sin una expresa declaracion. Lo mismo el 1552 de Francia.

COMENTARIO

Las dotes se clasifican en estimadas é inestimadas. Las primeras son aquellas en que se aprecian los bienes ó se aprecian con estimacion que causa venta. Las segundas carecen de este requisito.

En el lugar correspondiente veremos los efectos de esta clasificacion.

Artículo 1391.—Los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio en forma legal por permuta con otros bienes de la dote ó por compra hecha con dinero de la dote, previo consentimiento de la mujer, adquieren la condicion de dotales, á no ser que la mujer, en este último caso, prefiera el dinero.

ORÍGENES

Ley 11, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Ley 49, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1553, 1559 Código Francia.—1336 Luisiana.—Leyes 27 y 28, tít. III, libro XXIII, Digesto.

COMENTARIO

Lo comprado con dineros de la dote es dotal: así lo declara el Fuero Real al decir: «Si estando el marido con la muger cambiaren heredad que sea de uno dellos... la heredad sea de aquel cuya era la otra porque fué fecho el cambio, Otrosi, si estando en uno vendieren heredad que sea del uno dellos y del precio de la heredad comprasen otra... sea de aquel de cuya heredad fué fecha la compra.»

Mas para ello, á lo ménos tratándose de los adquiridos por título de *compra y venta*, debe mediar el consentimiento de la mujer, segun la ley de Partida: *e su marido con voluntad fiziesse la compra.*

Desde luégo se observará que refiriéndose la ley de Partida únicamente al caso de compra con dinero de la dote, no tiene aplicacion al de permuta de que trata la ley del Fuero, y por tanto, que en la permuta no es preciso el consentimiento de la mujer.

Por idéntica razon, y ademas porque no habría términos hábiles para ello, no tienen aplicacion al caso de permuta las palabras de la ley de Partida, *pero en su escogencia es* (de la mujer) *tomar la cosa comprada á los dineros cual más quisiere.*

Artículo 1392.—Los árboles caídos, arrancados ó cortados por el marido, ó de cualquier otro modo, no se considerarán como fruto sinó como aumento de dote si se constituyó inestimada.

La misma consideracion tendrán las sustancias minerales que se pusieren en explotacion despues de constituída la dote, á no ser que la mina se reprodujera.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

De cualquier manera que los árboles de una heredad salgan de ella, ya sean caidos, arrancados ó secos, ya sean cortados por el marido ó por otra persona, ó si por cualquier accidente pudiesen utilizarse, venderse ó permutarse, no se considerarán como fruto sinó como parte del capital de la dote, y en su consecuencia su valor ó producto no podrá destinarse á los gastos de la familia. *Ca non puede tomar nin contar por fruto el arbol, como quier que podia llevar el fruto dél, ante quel cortasse.*

En cuanto á la mina ó cantera que forme parte de la dote, las piedras ú otras sustancias minerales que de ellas se extraigan, se consideran, en opinion de Azon y Baldo, como frutos, si al tiempo de constituírse la dote se hallaban en explotacion.

Juan de Imola, citado por Gutièrrez, contradice esta opinion; y aunque no participamos de la suya en cuanto á la solucion que da á la controversia, estamos conformes con él en cuanto afirma que si se considerasen como frutos aquellas sustancias, durando largo tiempo el matrimonio, resultaría que la mujer podía quedar indotada: razonamiento que Imola aplica á las minas que no se reproducen, y que hoy habría de aplicarse á todas.

Tratándose de la mina descubierta despues de entregada la dote, la ley distingue dos casos, que consignamos únicamente por traducir fielmente la ley, pero de los que en realidad solamente uno puede existir. Dice aquélla: *Ca si fuesse de tal natura que no cresciesse despues que tajassen della, deue ser de la muger. Mas si fue de tal natura que cresciesse como auiene en algunos lugares, deue ser el fruto della del marido mientra dure el matrimonio.*

Hoy que los adelantos de la ciencia han podido precisar que las minas no se reproducen, como falsamente se creyó en la antigüedad, la distincion de la ley es inadmisible. Con esta cuestion se relaciona la duda sobre si es posible el usufructo en la propiedad minera; punto que no estudiamos, porque nos obligaría á dar á este comentario dimensiones incompatibles con las de la obra.

Artículo 1393.—Los frutos de los bienes dotales percibidos por el esposo ántes de la celebracion del matrimonio se considerarán como aumento de dote, á no haberse empleado en la alimentacion ó vestido de la esposa ántes de las bodas.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 7.ª, párr. 1.°, lib. XXIII, tít. III, Digesto.—Ley 6.ª, lib. XXIV, tít. III, Digesto.

COMENTARIO

Como veremos oportunamente, los frutos de la dote se destinan á sufragar los gastos del matrimonio y cubrir las atenciones de la nueva familia: esto lleva consigo una condicion, que es la de que el matrimonio se celebre, pues sólo con él es posible la comunidad de frutos, y por lo mismo la disposicion de la ley que comentamos es ni más ni ménos que una consecuencia lógica de aquellos principios.

En cuanto á la excepcion que consigna la ley para el caso en que los frutos de la dote se hayan empleado en alimentacion y vestido de la esposa, *esto es de egualdad, mas non por fuerza de derecho.* «Podria acaescer que alguno se desposasse con alguna que non fuesse de edad e la oviesse de atender fasta que lo fuesse.»

SECCION SEGUNDA

DE LA ADMINISTRACION Y USUFRUCTO DE LA DOTE, Y DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESPOSOS RELATIVAMENTE Á LOS BIENES QUE LA COMPONEN

Artículo 1394.—Al marido pertenece la administracion y usufructo de la dote, con obligacion de cumplir las cargas matrimoniales, y con las demás obligaciones y derechos propios del usufructuario, salvo lo dispuesto en el art. 121 y en el presente título.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, 25 y 28, tít. XI, Partida 4.ª
Art. 45, ley Matrimonio civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1549 y 1562 Código Francia.—1399 Italia.—2332 y 2354 Luisiana. —1063 y 1066 Vaud.—Leyes 7.ª y 10, párr. 2.° y 3.°, tít. III, lib. XXIII, Digesto.—Ley 7.ª, párr. 12, tít. III, lib. XXIV, Digesto.—Ley 20, tít. XII, lib. V, Código.

JURISPRUDENCIA

Los frutos de los bienes dotales, aunque afectos á sostener las cargas del matrimonio, no lo están á las obligaciones personales del marido (Sent. 27 Setiembre 1859).

Aun cuando la ley reputa propios del marido durante el matrimonio los productos de la dote, es en el concepto de haber de sostener con ellos las cargas de la sociedad conyugal, entre las cuales no pueden comprenderse las deudas contraídas solamente por el marido (Sent. 27 Setiembre 1859).

Lo dispuesto en la ley 25, tít. XI, Partida 4.ª, no tiene aplicacion al caso en que habiendo cedido el marido á su mujer, en virtud del convenio, la administracion de parte de los bienes dotales, para que con sus productos atienda á su manutencion y la de sus hijos, reservándose para su subsistencia algunos otros, son embargados éstos á las resultas de un concurso contra el mismo marido; pues tal convenio constituye á favor de éste un derecho especial, independiente de los demas de la sociedad conyugal y trasmisible por su insolvencia á sus acreedores (Sent. 7 Febrero 1863).

Si bien al marido corresponde, constante el matrimonio, la administracion de la dote para levantar las cargas del mismo, cesando esta razon con el divorcio ó separacion legal de los cónyuges, debe cesar tambien aquélla (Sentencia 18 Junio 1864).

Sent. 5 Marzo 1864.
Sent. 25 Abril 1866.
Sent. 1.° Marzo 1867.

No se infringe la ley 25, tít. XI, Partida 4.ª, por la ejecutoria que concede al marido los frutos y rentas de la dote producidos y debidos producir desde el día del otorgamiento de la escritura dotal, atendiendo á lo estipulado sobre este punto (Sent. 17 Febrero 1866).

Los frutos y rentas de los bienes que la mujer aporta al matrimonio son durante él para atender á sus cargas y necesidades, debiendo reputarse como tal el sostenimiento en juício de un derecho por el interes que de ellos reportan ambos cónyuges (Sent. 23 Abril 1866).

Es doctrina legal, admitida por la jurisprudencia y sancionada repetidas veces por el Tribunal Supremo, que los derechos que sobre los frutos ó rentas de los bienes dotales y parafernales concede la ley al marido como jefe de la familia y administrador de la sociedad conyugal, se entienden subordinados á la preferente obligacion de atender con ellos á las cargas del matrimonio (Sent. 1.° Marzo 1867).

La ley 7.ª, tít. XI, Partida 4.ª, en que se dispone que «las donaciones é las dotes deben ser en poder del marido para guardarlas ó aliñarlas,» no tiene aplicacion al pleito en que ni se ha discutido, ni la sentencia contiene declaracion alguna sobre el particular (Sent. 5 Febrero 1878).

COMENTARIO

Hemos dicho en otro lugar que la familia necesita una cabeza que la dirija y lleve á cabo todo lo que á la misma sea necesario ó útil. Las leyes han elegido al marido como el más apto para estas funciones. El, por consiguiente, es el administrador del caudal familiar; y por lo mismo que recoge los frutos, debe con ellos atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales.

Debe tenerse muy en cuenta, al tratar de las cargas del matrimonio, que es preciso no confundir las que propiamente tienen este carácter con aquellas que sean personales del marido, pues á estas últimas no estarán afectos los productos de la dote, segun se ha confirmado por el Tribunal Supremo.

La ley ha creído que el mejor órden de la familia exigía que el marido se convirtiera en usufructuario, y á veces en verdadero dueño; así es que dispuso: «en posesion debe meter el marido á la muger de la donacion quel faze; é otrosi la muger al marido de la dote quel da... é el marido debe ser señor poderoso de todo esto sobre dicho, é de rescebir los frutos de todo comunalmente... para gobernar asimismo é á su muger, é á su compaña...»

Discuten los autores sobre si el usufructo que el marido tiene sobre la dote es *casual* ó *formal*, esto es, en cosa propia ó en cosa ajena.

La cuestion es, como dice Goyena, sutil y estéril, especialmente desde que la ley determina con precision las facultades y derechos de cada cónyuge.

Como háce notar un autor de ilustracion reconocida, el marido impropiamente es llamado dueño de los bienes dotales; su dominio, revocable y puramente civil, se sostiene, más que por la verdad, á expensas de una ficcion, pues sean muebles, inmuebles ó semovientes, estimados ó inestimados, la mujer podrá reclamar su precio ó vindicarlos á la disolucion del matrimonio.

La ley Hipotecaria, «dejando aparte estas cuestiones, ha considerado que el marido es el dueño de la dote estimada, sin más obligacion que la de devolver su importe á la disolucion del matrimonio, pero que en la inestimada sólo tiene el derecho de aprovecharse de ella para las necesidades de la familia, como lo hace el usufructuario, conservarla en buen estado, y restituírla en las mismas cosas que recibió.» (Exposicion de motivos de la ley Hipotecaria).

Artículo 1395.—El marido es responsable con sus propios bienes de los perjuícios que por su culpa experimentare la dote, y de lo que por negligencia dejare de cobrar de la misma, siempre que consistiere en cosa cierta ó procedente de contrato oneroso, á no ser que el deudor fuere ascendiente de la mujer.

ORÍGENES

Leyes 15 y 18, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1562 y 1567, Cód. Francia.—2344 y 2350, Luisiana.—1070, Vaud.—Ley 17, tít. III, lib. XXIII, Digesto.

COMENTARIO

El marido debe cobrar los créditos que formen parte de la dote. Ahora bien; como pudiera suceder que al verificarlo se ocasionasen gastos judiciales ó de otra especie, ha ocurrido á los autores la duda de á quién afectan estos gastos, habiéndose sostenido diversas opiniones: así, en tanto que unos los hacen pesar sobre el marido, que podrá compensarlos con los frutos de la dote, otros suponen que debe sufragarles la mujer, otros, en fin, distinguían los gastos grandes de los módicos, los primeros que habian de pagarse por la mujer, y los segundos por el marido.

El proyecto de Código resuelve la cuestion estableciendo que de la dote se bajarán diferentes partidas si hubieren sido pagadas por el marido, y cuenta entre ellas «el importe de las costas y gastos empleados para su cobranza.»

Esta resolucion está conforme con la doctrina sustentada por Febrero, Escriche y Gutierrez.

Artículo 1396.—La mujer casada á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, tendrá derecho:

1.° A que el marido le hipoteque é inscriba en el Registro los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, ó con la obligacion de devolver su importe.

2.° A que se inscriban en el Registro, si ya no lo estuvieren en calidad de dotales ó parafernales, ó por el concepto legal que tuvieren, todos los demás bienes inmuebles y derechos reales que el marido reciba como inestimados y deba devolver en su caso.

3.° A que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demas bienes no comprendidos en los párrafos anteriores, y que se le entreguen por razon de matrimonio.

ORÍGENES

Art. 169, ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1090 y siguientes, Cód. Vaud.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, los bienes del marido están tácitamente hipotecados á la seguridad de los que recibe de su mujer (Sent. 15 Marzo 1862).

La cantidad entregada al marido por dotes ó bienes parafernales con posterioridad á la celebracion del matrimonio, sólo produce una hipoteca tácita sobre los bienes del mismo para responder de ella al disolverse el matrimonio por muerte de cualquiera de los dos, ó en concurso con otros acreedores con igual ó ménos preferente derecho (Sent. 24 Enero 1870).

Todos los bienes que la mujer casada aporta á la sociedad conyugal por razon de dote, arras, donacion esponsalicia, parafernales ó cualesquiera otro concepto, tienen hipoteca legal sobre los que pertenecen al marido y la preferencia que le corresponde con arreglo á derecho (Sentencia 26 Marzo 1870).

Las leyes y disposiciones legales referentes á la hipoteca que la mujer tiene por razon de su dote en los bienes del marido; á la preferencia con que debe ser reintegrado á otros acreedores ménos privilegiados, y á cuándo los bienes enajenados y que estaban hipotecados á la seguridad de la dote pueden prescribirse, no tienen aplicacion, y por consiguiente no pueden considerarse infringidas cuando la demanda versa solamente sobre la entrega de la dote y sus intereses (Sent. 3 Junio 1872).

Cuando se cumplen en la entrega de la dote estimada todos los requisitos que exige la ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª, la mujer casada puede reclamar el privilegio que dicha ley la concede (Sent. 13 Febrero 1871).

No pueden perjudicar este derecho de la mujer los hechos que pasaron sin su consentimiento; y constituída una vez la dote en su provecho, no puede perder este carácter sin su aprobacion expresa (Id. id.)

Segun la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, y la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, la mujer, por los bienes que aporta al matrimonio, tiene hipoteca legal en los de su marido, siempre que la entrega de aquéllos conste debidamente (Sent. 10 Junio 1871).

Si las arras dadas á la mujer por su marido al tiempo de la constitucion y de la entrega de su dote lo fueron no tan sólo por razon de la misma dote sinó como aumento de ésta, forma, por tanto, parte de ella y goza de los derechos y preferencias dotales, sin que le obste el que tales arras se hayan dado despues de la celebracion del matrimonio (Sent. 11 Octubre 1875).

Si la dote reclamada por una mujer entregada á su marido fué en monedas de oro y plata de buena calidad y peso, y se constituye así en escritura pública ante testigos y escribano público que dió fé de la entrega, perjudica á terceros, aunque su constitucion haya sido despues de la celebracion del matrimonio; pues la ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª, no requiere que lo haya sido ántes, ni era regular que lo requiriese, puesto que no era su objeto señalar el tiempo en que podían hacerse las dotes y arras, como que este particular se había declarado terminantemente por la ley 1.ª, tít. XI, Partida 4.ª, disponiendo que las dotes y arras se po-

dian dar ántes y despues del matrimonio (Sentencia 11 Octubre 1875).

La dote constituída por medio de escritura pública y entregada ante escribano, consignando la responsabilidad del marido por efecto de la entrega que se le hace de ella, goza del privilegio que la ley concede á las de esta clase, y la sentencia que así lo declara no infringe la ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª, ni la 33 del mismo título y Partida (Sent. 28 Marzo 1877).

Aun en el supuesto, no concedido, de ser los bienes parafernales, no se infringe por dicha sentencia la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, porque hecha la entrega con las solemnidades que la ley exige, son equiparados á los dotales y gozan de sus mismos privilegios (Id. id. id.).

Si la sentencia al declarar el preferente derecho de la demandante por su dote se funda en título hipotecario inscrito, miéntras que el del ejecutante sólo descansa en una obligacion personal, cualquiera que sea la fecha de la inscripcion, siendo válido y eficaz el contrato del cual nace el derecho, siempre será preferido en los bienes hipotecados al derecho que deriva de una obligacion personal, y por tanto no infringe el art. 25 de la ley Hipotecaria (Sent. 26 Marzo 1878).

COMENTARIO

Hemos visto que la dote puede ser estimada é inestimada. De esta clasificacion nacen efectos de importancia. La estimada la adquiere el marido con la obligacion de restituír su valor ó precio y entra, por consiguiente, en posesion de los bienes en que se constituyó como un dueño.

La inestimada pasa al marido con la obligacion de restituir los mismos bienes y cosas en que se constituyó.

La ley Hipotecaria, aceptando estas diferencias, dispone, en cuanto á la dote estimada, que los bienes se inscriban á nombre del marido como de su propiedad, bien que en el mismo acto se constituirá sobre aquellos bienes hipoteca legal por la cantidad en que se hizo estimacion, es decir, por todo el importe de la dote. Si se hubiera constituído en bienes muebles, el marido deberá constituír la hipoteca por la estimacion de los mismos sobre bienes inmuebles de su propiedad.

En cuanto á la dote inestimada, como que la mujer tiene derecho á los mismos bienes y no á su valor, manda la ley que se inscriban á nombre de la mujer, si ya no lo estuvieren, haciendo constar ademas su calidad de dotales, á los efectos oportunos. Si esta dote consistiere en bienes muebles, se observará lo dispuesto para la estimada en el mismo caso.

Resulta, pues, que en la dote estimada habrá de constituírse una escritura de hipoteca que se inscribirá tan luégo como los bienes consten á nombre del marido, y que en la inestimada bastará la inscripcion de los bienes á nombre de la mujer, haciendo constar la calidad de los mismos, por lo cual no habrá de otorgarse escritura de hipoteca á no ser en el caso único de que la dote estuviese constituída con bienes muebles, semovientes, dinero ú otros no inscribibles.

Habiéndose suscitado por el registrador de Casas-Ibañez la duda de si estaba ó no el marido obligado á hipotecar bienes suyos propios á la seguridad de la dote inestimada, consistente en bienes inmuebles, se resolvió por real órden de 4 de Mayo de 1866 en sentido negativo, es decir, que bastaba la inscripcion de los bienes inmuebles en que consta la dote, á nombre de la mujer, haciendo constar su calidad de dotales, para que ésta quede garantida en sus derechos, y por tanto que no tiene el marido obligacion de hipotecar sus bienes por este concepto. Algunos puntos dudosos que presenta la ley han sido resueltos por la jurisprudencia. Véase la que colocamos en el lugar correspondiente.

Artículo 1397.—La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, ó constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales.

ORÍGENES

Art. 170, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Para el efecto del privilegio dotal de la mujer no es bastante la escritura de confesion otorgada por el marido constante el matrimonio y refiriéndose, en cuanto á dicha entrega, á época anterior y sin otra prueba que la justifique (Sent. 28 Marzo 1862).

Si bien es positivo que por la ley se otorga la preferencia á las obligaciones consignadas en escritura pública sobre los créditos puramente personales y quirografarios, esto no quiere decir que aquella preferencia alcance tambien á

una escritura de dote solamente confesada por el marido ó destituída de la prueba de entrega, pues semejantes escrituras no contienen obligaciones perfectas respecto ó en daño de tercero, y por consiguiente falta la base de la preferencia; á la manera que tambien faltaría si las escrituras versaran sobre objetos reprobados ó que adolecieran de algun otro género de nulidad (Sent. 27 Junio 1864).

La doctrina de que «con la sola escritura de confesion de dote excluye la mujer á todos los acreedores simples quirografarios, sobre todo si son posteriores,» no tiene las condiciones que marca la ley para servir de título de casacion (Sent. 27 Junio 1864).

La escritura de confesion de dote otorgada por el marido constituye prueba contra él, pero no contra un tercero que contrató de buena fe con el mismo, al cual no puede perjudicar (Sent. 16 Setiembre 1864).

No se justifica suficientemente la entrega de la dote confesada por informaciones de perpétua memoria (Sent. 27 Junio 1864).

Para gozar de los derechos de la hipoteca legal de la dote y del privilegio dotal, consignados en las leyes 23 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª, es indispensable justificar la efectiva entrega de los bienes en que aquélla consista (Sent. 20 Junio 1865).

Para que sea eficaz el privilegio establecido en las leyes 23 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª, á favor de la mujer por sus bienes dotales, son inexcusables dos circunstancias: 1.ª, que conste indubitada la constitucion de la dote ántes de la celebracion del matrimonio; y 2.ª, que igualmente se acredite su efectiva entrega (Sentencias 17 Enero 1860, 6 Noviembre 1862, 27 Junio 1864, 21 y 29 Octubre 1864, 20 Junio 1865 y 19 Abril 1866).

La dote confesada y otorgada despues del matrimonio no puede perjudicar más que al marido (Sent. 15 Abril 1866).

Para estimar la devolucion de la dote y esponsalicio en perjuicio de terceros poseedores, es preciso que conste de una manera legal, no sólo la constitucion, sinó la real y efectiva entrega de la dote prometida (Sent. 22 Febrero 1869).

Si bien lo imposible no puede ser materia de los contratos, segun la ley 21, tít. XI, Partida 5.ª, esto no puede tener aplicacion á la escritura en que uno confiesa haber recibido ciertas sumas del padre de su mujer legítima, como aumento del dote de ésta, cuya restitucion asegura con hipoteca expresa de sus bienes, lo cual constituye una obligacion perfecta en favor de la mujer, que en ningun concepto puede llamarse imposible de contraer ni de cumplir (Sent. 27 Diciembre 1869).

Cuando por virtud de un convenio hecho al aprobarse una particion se reconoce el débito de cierta cantidad por vía de dote, cuyo débito se ratifica luégo en testamento, confesando el testador que dicha cantidad entró en su poder, los herederos de éste están obligados á pagarla. El cumplimiento de esta obligacion es independiente del pago del legado que el testador hiciese á la persona á quien correspondía dicha dote, el cual deben satisfacer los herederos en los términos que dispusiera el testador, pues fácilmente se comprende que éste no podía disponer de una cantidad recibida para entregarla en su día. La sentencia que así lo determina no infringe la voluntad del testador (Sent. 12 Mayo 1870).

Constituída una vez la dote en provecho de la mujer, no puede perder este carácter sin su aprobacion expresa (Sent. 13 Febrero 1871).

La escritura de confesion de dote otorgada por el marido no puede surtir efecto contra terceros acreedores del mismo (Sent. 28 Marzo 1871).

Cuando segun la apreciacion de la Sala sentenciadora no se ha hecho constar la entrega de la dote al marido, no puede tener lugar la preferencia que concede la ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª, á las mujeres por sus dotes entregadas en los bienes de sus maridos contra otros acreedores; doctrina que se halla confirmada ademas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sent. 19 Octubre 1872).

Si la tercera opositora no ha probado la existencia de la dote á juicio de la Sala sentenciadora, y además se casó en 1873, no tiene á su favor, segun la legislacion vigente, la hipoteca legal tácita y privilegiada que establece la ley 33, tít. XIII, Partida 5.ª, y por tanto, al absolver la Sala de la demanda de tercería, no infringe la ley citada ni la 27 del mismo título y Partida (Sent. 14 Febrero 1878).

Por lo mismo, estimando la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas, que la confesion de dote fué simulada y se hizo en perjuicio de terceros interesados que no intervinieron en el otorgamiento de la escritura, no infringe dicha sentencia las leyes 114 y 117, tít. XVIII de la Partida 3.ª, ni la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo sobre la dote comprada en fraude de acreedores (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

La dote puede ser entregada ó simplemente confesada segun consta ó no la entrega de los bienes solemnemente y bajo fe de escribano. «Para que la dote,—dice la exposicion de motivos de la ley,—dé lugar á la hipoteca legal, es necesario que haya sido entregada solemnemente al marido bajo fe de escribano. La mera confesion de dote no produce hoy hipoteca tácita, y no debe, por lo tanto, ser garantida en lo sucesivo con hipoteca especial: la que no se otorga por escritura pública, constando en ella la entrega, puede ser fácilmente simulada. Si la confesion se hace en última disposicion, valedera segun nuestro Derecho actual, la dote confesada sólo tiene la consideracion de legado, y no puede ser, por lo tanto, invocada ni contra los herederos forzosos, en cuanto puede perjudicar sus legítimas, ni contra los acreedores.»

Artículo 1398.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, la mujer que tuviere á su favor dote confesada por el marido ántes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes en el momento de deducir su reclamacion.

ORÍGENES

Art. 171, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Las informaciones de perpetua memoria no son un medio legítimo para que las mujeres puedan acreditar la entrega de dotes á los maridos, porque hallándose prohibido en principio que los jueces admitan ó hagan practicar las informaciones de aquella especie que ante ellos se promuevan cuando sean referentes á *hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada*, y siendo éstos unos vicios inseparables de tales informaciones, siempre que recaigan sobre entrega de dotes, es evidente que no se pueden practicar, y que si á pesar de ello se practican, no pueden surtir efecto alguno probatorio (Sent. 27 Junio 1864).

Tanto la prueba de la entrega de la dote como del dominio de los bienes, está sometida á la apreciacion de la Sala sentenciadora, cuando no se justifican por instrumentos públicos, si no se pretenden probar por documentos privados, que no tienen valor sin el testimonio de testigos (Sent. 20 Junio 1865).

Para estimar la devolucion de dote y esponsalicio en perjuício de terceros poseedores, es preciso que conste de una manera legal, no sólo la constitucion, sinó la real y efectiva entrega de la dote prometida (Sent. 22 Febrero 1869).

Es una cuestion de hecho sujeta á la apreciacion de la Sala sentenciadora, á la cual debe estarse si contra ella no se alega que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal, el decidir si en efecto se ha entregado ó no una dote prometida (Sents. 22 Febrero 1869, 22 Marzo 1869 y 10 Junio 1871).

Para que la mujer tenga preferencia por su dote ó parafernales es indispensable probar haberlos aportado á la sociedad conyúgal (Sentencia 11 Abril 1872).

Está sancionado en diferentes fallos del Tribunal Supremo el que á la Sala sentenciadora compete exclusivamente el declarar si resulta ó no probado que la dote fué entregada por la mujer á su marido (Sents. 9 Julio 1874 y 24 Mayo 1875).

COMENTARIO

Ninguna explicacion más atinada puede darse á la doctrina de este artículo que las palabras mismas de la exposicion de motivos de la ley. «Cuando la confesion—dice—es por acto entre vivos, á falta de una declaracion expresa en nuestras leyes, muchos jurisconsultos notables buscan en el Derecho romano la fuerza de esta dote, llegando al extremo de negar toda excepcion al marido cuando ha pasado el término de diez años despues de la confesion. Esto equivale á introducir una presuncion *juris et de jure* de haberse verificado entrega, á lo que parece consiguiente que despues de trascurrido el término, se den á la dote confesada, por lo que se refiere á la hipoteca, los mismos efectos que á la dote entregada. Esta opinion, que se presta á fundadísimas y fáciles impugnaciones, no podía ser adoptada. Mas al mismo tiempo no parecía justo privar del beneficio de la hipoteca, si bien con prudentes precauciones que evitaran el abuso, á la mujer que realmente hubiera lle-

vado al matrimonio una dote cuyos bienes existieran aún, ó estuviesen sustituídos por otros, pero de que por negligencia ó por cualquiera otra causa no se hubiera otorgado escritura, ó en la otorgada no se hubiese hecho mencion de la entrega. El medio elegido al efecto consiste en dar el carácter y los efectos de dote entregada á la confesada por el marido ántes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del primer año de él, siempre que se haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes que los hayan sustituído.»

Artículo 1399.—Los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen como dote estimada, se inscribirán á nombre del marido en el Registro de la propiedad, en la misma forma que cualquiera otra adquisicion de dominio; pero expresándose en la inscripcion la cuantía de la dote de que dichos bienes hagan parte, la cantidad en que hayan sido estimados, y la hipoteca dotal que sobre ellos quede constituída.

Al tiempo de inscribir la propiedad de tales bienes á favor del marido, se inscribirá la hipoteca dotal que sobre ellos se constituya en el Registro correspondiente.

ORÍGENES

Art. 172, ley Hipotecaria.

Artículo 1400.—Cuando la mujer tuviere inscritos como de su propiedad los bienes inmuebles que hayan de constituír dote inestimada, ó los parafernales que entregue á su marido, se hará constar en el Registro la cualidad respectiva de unos ú otros bienes, poniendo una nota que lo exprese así, al márgen de la misma inscripcion de propiedad.

Si dichos bienes no estuvieren inscritos á favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripcion su cualidad de dotales ó parafernales.

ORÍGENES

Art. 173, ley Hipotecaria.

COMENTARIO (1).

Lo dispuesto en este artículo y en el que le precede es consecuencia necesaria de lo que de-

(1) Hemos creido conveniente, por no decir necesario, trascribir algunos párrafos de la EXPOSICION DE MOTIVOS de la ley. Hé aquí lo demas que sobre hipotecas en favor de los bienes de las mujeres casadas se dice:

«La obligacion del marido respecto á la restitucion de la dote, que es lo que afianza, no es igual segun nuestro Derecho, pues al paso que en la dote estimada el marido se constituye deudor de género, en la inestimada debe devolver las cosas mismas que recibió. Así es que aunque las leyes de Partida digan que el marido siempre es el dueño de los bienes dotales, ha habido que acudir á ingeniosas distinciones para salvar la antinomia que resulta entre este principio y los diferentes efectos que establecen en cuanto á una y á otra: distinciones escolásticas de dominio, que prueban sutileza é ingenio, pero que están léjos de satisfacer cumplidamente á las objeciones á que dan lugar. La Comision, dejando aparte estas cuestiones, ha considerado que el marido es el dueño de la dote estimada, sin más obligacion que la de devolver su importe á la disolucion del matrimonio; pero que en la inestimada sólo tiene el derecho de aprovecharse de ella para las necesidades de la familia, como lo hace el usufructuario, conservarla en buen estado y restituírla en las mismas cosas que recibió.

Consecuencia de esto es proponer que los bienes raíces de la dote estimada se inscriban á nombre del marido, como cualquiera otra adquisicion de dominio, y que sobre ellos mismos se constituya la hipoteca para la restitucion; y por el contrario, que cuando la dote es inestimada, consistente tambien en bienes inmuebles, si éstos se hallan inscritos ya ántes como propios de la mujer, se haga constar solamente en el registro, por nota marginal, su calidad de dotales, y en otro caso, se inscriban á favor de la mujer con igual nota; pero sin que por esto se entiendan alteradas las reglas que establecen los casos y las limitaciones en que debe efectuarse la restitucion; á esto no alcanza el Proyecto. Como la obligacion hipotecaria es subsidiaria de la personal, no puede extenderse á más de lo que ésta comprende; de aquí se infiere que la cantidad que en la dote estimada se asegura, nunca puede exceder de la apreciacion de los bienes dotales, y que cuando la dote se reduce porque en su constitucion se han traspasado los límites señalados por las leyes, se reduzca tambien la hipoteca, cancelándose parcialmente.

Cuando la dote es inestimada y consiste en bienes inmuebles que se entregan al marido obligado á conservarlos y á restituírlos, hay que adoptar una regla para fijar la cantidad á que debe extenderse la hipoteca, para el caso de que no subsistan á la disolucion del matrimonio. Poca dificultad presenta esto cuando la tasacion ha tenido lugar, aunque sea, como comunmente se dice, sin causar venta, porque ya hay un tipo á qué atenerse; pero cuando no hay valuacion alguna, tendrá que hacerse ésta, no para cambiar la índole de la dote, sino sólo para asegurar el reintegro de su importe, si llegasen á desaparecer los muebles dados en dote.

Aunque nuestro Derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada, por estar obligado á restituír lo mismo que recibió: por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse

jamos dicho al consignar el derecho que la ley Hipotecaria, concede á la mujer las obligaciones que impone al marido y la forma de garantir aquéllas y cumplir éstas.

---

que esta dote corresponde á los bienes de la mujer. Resulta de aquí que en rigor de derecho, la dote inestimada es inalienable, y que los bienes que la constituyen no están en el comercio. En esto adoptaron las Partidas la innovacion que el Emperador Justiniano introdujo para libertar á las mujeres casadas de los peligros que su propia debilidad podía ocasionarles, reformando el Derecho antiguo, en virtud del cual el marido, con consentimiento de la mujer, estaba autorizado para enajenar la dote, pero no para hipotecarla; diferencia que se fundaba en la menor resistencia que es de presumir que tendría la mujer para hipotecar que para vender. No está conforme la legislacion aragonesa con la general, pues que desentendiéndose de la cuestion teórica respecto al dominio de la dote, establece que la mujer puede enajenarla y obligar sus bienes para el pago de las deudas contraídas por el marido. La legislacion que actualmente rige en la mayor parte de la Monarquía es insostenible, porque deja fuera de circulacion la gran masa de bienes que corresponden á la clase de dotales, y hace más triste la condicion de la propiedad dotal, puesto que no viene en auxilio de las necesidades del propietario, que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido á la indigencia. Para obviar estas dificultades, algunos escritores dicen que cuando las enajenaciones no llegan á la mitad de los bienes y la mujer las hace en union con su marido, ó cuando, hechas por éste, tiene ella intervencion y promete con juramento no reclamar contra las mismas, suelen sostenerse, si bien á la mujer le queda el derecho de ser indemnizada en los bienes del marido. En la práctica actual vemos que desentendiéndose de la prohibicion legal, la mujer enajena la dote inestimada con licencia del marido. De esta divergencia entre la ley y la práctica ha dimanado que crean algunos que ésta no quita á la mujer el derecho, si el marido carece de bienes, para reclamar contra el poseedor de la finca vendida, si no satisface su importe.

Semejante estado de contradiccion entre la ley y la conveniencia pública, y entre lo prescrito y lo que se observa, crea una incertidumbre, que el legislador debe apresurarse á resolver, dando á la ley la flexibilidad necesaria para que pueda cumplirse sin inconvenientes. Atendiendo á esto los redactores del proyecto del Código civil, propusieron la reforma del Derecho antiguo en el sentido de que el dominio de los bienes dotales fuera de la mujer, pero sin declarar que eran siempre enajenables, ántes por el contrario, fijando los casos y la forma en que el marido y la mujer habían de poder enajenarlos y obligarlos. Siguiendo este mismo espíritu, la Comision propone que los bienes dotales hipotecados ó inscritos con la calidad expresada, no se puedan enajenar, gravar ni hipotecar, sinó en nombre y con el consentimiento expreso de ambos cónyuges; pero añade que en este caso quede á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes en sustitucion de los enajenados, ó si no los tiene, los primeros que adquiera. Adopta al propio tiempo las medidas de precaucion que ha creido conducentes para alejar los peligros de la inexperiencia cuando uno de los cónyuges es menor de edad; y resolviendo de paso, respecto á este punto, una antigua cuestion agitada entre los intérpretes y el foro, ordena que siempre que sea menor uno de ellos, se observen en la enajenacion de los bienes dotales las reglas establecidas al efecto en la ley de Enjuiciamiento civil, y que si la mujer fuese la menor, el juez que autorice la enajenacion haga que se constituya la hipoteca para seguridad de la dote. Los bienes propios del marido que se hipotequen á la seguridad de la dote, seguirán la condicion de los demás bienes hipotecados. Podrá enajenarlos su dueño, si bien siempre irá adherida á ellos la hipoteca. Pero si llega el caso de extinguirse ó reducirse la hipoteca porque desaparezca en todo ó en parte la obligacion de restituír, ó de que la conveniencia de la sociedad conyugal, y tal vez la de la misma mujer, exija que se subrogue ó posponga, no podrá hacerse esto sin su consentimiento y sin que se observen en el caso de la menor edad de uno de los cónyuges, ó de ambos, los mismos requisitos que para la enajenacion del fundo dotal.

Para evitar toda cuestion que pudiera suscitarse respecto á si ciertas disposiciones del Código de Comercio acerca de los bienes dotales están modificadas por esta ley, ha creido la Comision conveniente, aunque no lo reputa absolutamente necesario, expresar que quedan en toda su fuerza y vigor. Por una ley especial no deben considerarse derogadas las anteriores que tienen un carácter más general, cuando son compatibles con ella y caben dentro de su espíritu. Así se propone que no se reputen alteradas ni modificadas algunas disposiciones del Código de Comercio, cuya simple lectura justifica lo que se prescribe. Por la misma razon declara subsistente, para el caso en que el marido no constituya la hipoteca ó no inscriba los bienes de la mujer, y sin embargo los dilapide, el derecho que conceden á ésta las leyes para exigir que los que subsistan de la dote, ó se le entreguen, ó se depositen en lugar seguro, ó se pongan en administracion.

Mas no son los bienes dotales los únicos que necesitan ser atendidos por legislador, sinó tambien los parafernales ó cualesquiera otros aportados por la mujer al matrimonio. La legislacion aragonesa no admite bienes parafernales, pues los que así se denominan en otras provincias de la Monarquía, tienen en las de aquel antiguo reino el carácter de dotales: no puede, por lo tanto, á ellos referirse lo que se dice en el Proyecto, aplicable en la generalidad de la nacion, donde existe esa diferencia de dotales y parafernales para los efectos jurídicos.

La misma proteccion que tiene la mujer respecto á los bienes dotales, se le otorga para los parafernales. El Proyecto no innova en esto el derecho actual, porque hoy, respecto á ellos, existe la misma hipoteca tácita que en los dotales cuando el marido los administra, si bien no gozan de igual prelacion, segun la opinion más probable y la más comun de nuestros jurisconsultos. Cuando la mujer se reserva la administracion de los parafernales, ó éstos no se entregan al marido por escritura pública, tampoco debe tener lugar la hipoteca, porque nadie tiene obligacion de garantir la restitucion de lo que no recibe, ó de lo que no le ha sido entregado con las formalidades que establecen las leyes; si se permitiera lo contrario, se daría lugar á fraudes perjudiciales á un tercero.

Respecto á los demas bienes aportados por la mujer al matrimonio, la legislacion foral es muy

Artículo 1401.—Siempre que el registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido, hará de oficio la inscripcion hipotecaria á favor de la mujer.

Si el título presentado para la primera de dichas inscripciones no fuere suficiente para hacer la segunda, se suspenderán una y otra, tomando de ambas la anotacion preventiva que proceda.

ORÍGENES

Art. 174, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Ha querido la ley que ni un solo momento estuvieran los bienes dotales á disposicion absoluta del marido sin la traba de la hipoteca que la ley establece para el caso en que la dote se entregue con la obligacion de restituír el valor de los mismos bienes, en lo cual consiste la estimacion.

Así es que desde el momento en que el marido pretenda que se inscriban á su nombre los bienes en que consista la dote estimada, se sobreentiende solicitada ademas la inscripcion de la hipoteca, y por tanto, áun no mediando solicitud especial acerca de este extremo, y áun cuando la carta de dote en cuya virtud se pida la de la propiedad no contenga estipulacion sobre la hipoteca legal, deberá el registrador hacer constar necesariamente que queda constituída la hipoteca, teniendo presente, si el título presentado para la primera de dichas inscripciones no fuere suficiente para hacer la segunda, lo prevenido en el párrafo segundo del artículo que comentamos, es decir, que deberá suspender una y otra, tomando de ambas la anotacion preventiva que proceda en cada caso.

---

diferente en España. Por esto la Comision, despues de proponer las reglas que ha estimado convenientes en lo que toca á los pueblos sujetos á las leyes de Castilla, por ser las vigentes en la mayor parte de nuestro territorio, ha establecido la regla general de que se entiendan bienes aportados al matrimonio, por lo que á la constitucion de la hipoteca legal se refiere, los que bajo cualquier concepto, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal. Mas para ello exige que se entreguen al marido por escritura pública y con fé de escribano, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con obligacion de conservarlos y devolverlos á la disolucion del matrimonio, y que cuando la entrega sólo conste por confesion del marido, se siga la misma regla que en igual caso queda expuesta respecto á la dote. No es menester demostrar la justicia de esta disposicion, de aplicacion fácil y segura, porque para ello concurren en los bienes á que se refiere las mismas razones que en los dotales.

Delicada es la cuestion de las personas á quienes debe otorgarse el derecho de exigir que preste el marido la hipoteca legal establecida á favor de la mujer, porque en ello se interesan, ademas de las consideraciones generales, las de órden y buena armonía en el matrimonio.

Cuando el matrimonio ha sido ya contraído, y la mujer es de mayor edad, ha reputado la Comision como peligroso que cualquiera persona, por allegada que sea, venga á interponerse entre ella y el marido; ha temido por la felicidad doméstica de los cónyuges, y ha preferido que padezcan los intereses á que se perturbe la paz de la familia. Si la mujer calla, teniendo capacidad para reclamar y franca la puerta para hacerlo, debe respetarse su silencio; la intervencion de otras personas será generalmente más fecunda en males que en beneficios.

Mas cuando aún no se ha contraído el matrimonio, cesan estos temores, y sobre todo si la mujer es menor de edad, no puede la ley disminuir la vigilancia especial y la proteccion que dispensa siempre á los que no considera con la aptitud y medios bastantes para protegerse á sí mismos.

Por eso, no sólo se permite, sinó que se excita á las personas que más naturalmente se interesan por la mujer, á ejercitar el derecho de exigir la hipoteca y calificar su suficiencia. Entre ellas no podrá dudarse que el padre, la madre y el que dió la dote deben ser los primeros autorizados para reclamar la seguridad de los bienes de la mujer; el amor que á unos inspira la naturaleza, el deseo que debe tener el donante de que no se malogre el sacrificio que hace, y que no perezca su donativo á manos de un marido disipador, son una prenda de que la hipoteca se exigirá y quedará constituída.

Pero si la mujer estuviere bajo curaduría, ya hay persona obligada á exigir la hipoteca al celebrarse el matrimonio: el curador que lo omite debe quedar sujeto á responsabilidad, y el promotor fiscal, en representacion del Estado, tutor supremo de los menores, denunciará al juez la conducta del curador, bien de oficio, ó bien á instancia de cualquier persona que, compadecida de la desgracia ajena, quiera contribuír á su alivio, y solicitará que se compela al marido á otorgar la hipoteca. Para aumentar la seguridad de que no será eludido este deber, los jueces de paz tienen el de excitar á los promotores fiscales á su cumplimiento.

Como las personas llamadas á calificar las hipotecas pueden creer que los bienes ofrecidos para constituírlas no son hipotecables, ó que no corresponden al marido, ó que no son suficientes, ó que por cualquiera otra circunstancia no deben ser admitidos para seguridad de los correspondientes á la mujer, y en estas apreciaciones puede haber error y alguna vez falta de buena fé, queda abierta la puerta al marido para hacer valer sus pretensiones ante la autoridad judicial.

¿Quedará así bastantemente asegurado el otorgamiento de la hipoteca? La Comision sólo dirá que cree haber buscado todos los medios posibles para que sea una verdad práctica la hipoteca legal á favor de la mujer casada, y que tiene la conviccion íntima de que lo que propone le da mucho mayores garantías que cuanto hasta aquí se ha establecido.»

La inscripcion de los bienes inmuebles que formen parte de la dote estimada expresará, en lo que sean aplicables, las circunstancias que el reglamento para la ejecucion de la ley determina para las inscripciones en general, y además, en el caso de que proceda segun la ley hacer las inscripciones extensas, las siguientes:

1.ª El nombre de la persona que constituya la dote, y el carácter con que lo haga.

2.ª Expresion de estar concertado ó de haberse verificado ya el matrimonio, y en este último caso la fecha de su celebracion.

3.ª Los nombres, apellidos, edad, estado y vecindad de los cónyuges, y la profesion del marido, si constare.

4.ª Expresion de haberse constituído dote estimada, y su cuantía.

5.ª La circunstancia de constituir parte de dicha dote la finca objeto de la inscripcion.

6.ª El valor que se haya dado á la misma finca para la estimacion de la dote, expresándose si esto se ha hecho de comun acuerdo ó con intervencion judicial.

7.ª La entrega de la dote al marido.

8.ª Las condiciones que se hayan estipulado en el contrato dotal y que afecten al dominio del marido en la misma finca.

9.ª Expresion de la adquisicion del dominio por el marido, con sujecion á las leyes y á las condiciones particulares que se hayan estipulado.

10. Indicacion de quedar constituída é inscrita la hipoteca legal sobre la finca.

Artículo 1402.—La hipoteca legal constituída por el marido á favor de la mujer, garantizará la restitucion de los bienes ó derechos asegurados, sólo en los casos en que dicha restitucion deba verificarse conforme á las leyes y con las limitaciones que éstas determinan; y dejará de surtir efecto y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligacion de restituír.

ORÍGENES

Art. 175, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Limítase este artículo de la ley Hipotecaria á declarar que no se introduce por ella modificacion alguna acerca de la legislacion vigente sobre la restitucion de la dote, casos en que procede y modo como deba verificarse. En el lugar correspondiente veremos las disposiciones en actual observancia acerca de estos puntos capitalísimos.

Como en algun caso el marido puede hallarse dispensado de restituír la dote, con lo cual la garantía hipotecaria es inútil, la ley ha tenido que consignar para estos casos la cancelacion correspondiente, verificada en la forma comun y ordinaria, que veremos al ocuparnos de dicha materia.

Artículo 1403.—La cantidad que deba asegurarse por razon de dote estimada no excederá en ningun caso del importe de la estimacion; y si se redujere el de la misma dote, por exceder de la cuantía que el derecho permite, se reducirá igualmente la hipoteca en la misma proporcion, prévia la cancelacion parcial correspondiente.

ORÍGENES

Art. 176, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Lo dispuesto en este artículo es consecuencia de la naturaleza, carácter y fin de la hipoteca.

Esta no debe ser mayor que la obligacion del marido, de lo que se infiere lógicamente que cuando ésta se reduce, aquélla ha de sufrir idéntica alteracion, lo cual tiene lugar mediante cancelaciones parciales practicadas en la forma ordinaria. Cuando la obligacion del marido cese por completo y en toda su extension, la cancelacion será total, conforme á lo prevenido en la última parte del artículo anterior.

Artículo 1404.—Cuando se constituya dote inestimada en bienes no inmuebles, se apreciarán éstos con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de su restitucion; mas sin que por ello pierda dicha dote su calidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal.

ORÍGENES

Art. 177, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Compréndese desde luégo que la estimacion é inestimacion de la dote es independiente de la valoracion ó tasacion que de los bienes se haya hecho en la carta dotal, y que no podrá llamarse estimada toda dote en que se estimen ó aprecien los bienes que la constituyan.

Depende la estimacion de la dote de la intencion con que se hizo el aprecio, por lo cual es necesario expresarlo terminantemente á su constitucion, bien detallando los derechos y obligaciones de los cónyuges sobre los mismos bienes en armonía con los que preceptúa la ley, é indicando ademas que la valoracion que se hace tiene por objeto que dicho precio se entienda como la verdadera dote, y que el marido adquiere el dominio y propiedad de los bienes, obligándose á devolver á su esposa ó derecho-habientes la cantidad líquida que resulta de la tasacion practicada, ó bien dándole el nombre de *dote estimada* con que las leyes la designan, bajo las reglas y bases generales que para las mismas preceptúan las disposiciones vigentes.

Es, por lo tanto, lo más oportuno señalar con las denominaciones de estimada é inestimada las dotes en la escritura de su constitucion.

Esto es tanto más conveniente, y áun pudiéramos decir necesario, cuanto que con arreglo al presente artículo debe hacerse tasacion de los bienes *no inmuebles*, áun cuando la dote se haya otorgado como inestimada, con el único objeto de fijar la cantidad que debe asegurar la hipoteca que en este concepto ha de constituir el marido para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo en que deba efectuarse su devolucion. Mas segun expresa la misma ley, no perderá la dote su calidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal.

Artículo 1405.—Entiéndese por bienes aportados al matrimonio, para los efectos del párr. 3.° del art. 1396 (169 de la ley) aquellos que bajo cualquier concepto, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fe de notario, para que los administre, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con la obligacion de conservarlos ó devolverlos á la disolucion del matrimonio.

Cuando la entrega de los bienes de que trata el párrafo anterior constare solamente por confesion del marido, no podrá exigirse la constitucion de la hipoteca dotal sinó en los casos y términos prescritos en el artículo 1398 (171 de la ley).

ORÍGENES

Art. 181, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

No habiendo dado la Sala sentenciadora valor ni eficacia á la prueba practicada por la mujer para justificar que aportó bienes á su matrimonio, es inoportuno cuanto se invoque y alegue respecto de dichos bienes, como tampoco es aplicable el art. 168 de la ley Hipotecaria, por el que se establece hipoteca legal á favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos por las dotes, bienes parafernales ú otros aportados que se hayan entregado solamente bajo fe de notario (Sent. 16 Octubre 1874).

COMENTARIO

Cualesquiera clases de bienes que la mujer aporte al matrimonio siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fe de notario para que los administre, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con la obligacion de conservarlos ó devolverlos á la disolucion del matrimonio, dan derecho á la mujer para pedir la constitucion de la hipoteca legal.

El artículo de la ley se refiere en su primera cita al párrafo último del número 1.° del artículo 168 de la misma: nosotros hemos puesto la referencia al párr. 3.° del art. 1396 (169 de la ley); lo cual no altera la verdad de la ley, como convencerá el exámen comparativo de ambos artículos.

Los bienes á que se refiere este artículo, como los dotales, pueden haberse entregado con las solemnidades y bajo la fe que exige la ley, ó solamente constar su entrega por confesion del marido ó documento privado. En el primer caso se producen todos los efectos relativos á la hipoteca dotal; en el segundo se observará lo mismo que dijimos en el art. 1397 (170 de la ley); es decir, que no podrá exigirse la constitucion de hipoteca dotal, no produciendo otros efectos que el de las obligaciones personales, á no ser en los casos y términos del art. 1398 (171 de la ley).

Artículo 1406.—La constitucion de hipoteca é inscripcion de bienes de que trata el art. 1396 (169 de la ley), sólo podrán exigirse por la misma mujer, si estuviere casada y fuere mayor de edad.

Si no hubiere contraído aún matrimonio, ó habiéndolo contraído fuere menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre, y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó los bienes que se deban asegurar.

A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberá pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el curador, si lo hubiere.

ORÍGENES

Art. 182, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El precepto del párrafo primero de este artículo debe entenderse en armonía con el del art. 1401 (174 de la ley), que dispone que el registrador, siempre que inscriba bienes de la dote estimada á favor del marido, deberá hacer de oficio la inscripcion hipotecaria en favor de la mujer.

Respecto á quién tenga el derecho de exigir la constitucion de la hipoteca, así como á calificar la suficiencia de la misma, la ley distingue dos casos: si la mujer es mayor de edad ó si es menor.

Si es mayor de edad, hay que distinguir si está casada ó no lo está aún. En el primer caso, esto es, siendo mayor de edad y casada, únicamente á ella corresponden aquellas facultades: en el segundo, esto es, siendo mayor de edad pero no habiéndose celebrado aún el matrimonio, corresponden al que constituyó la dote, ó al padre ó madre, segun los casos.

Si la mujer es menor de edad, esté ó no casada, solamente podrán pedir que se hagan efectivos aquellos derechos el que dotó, ó la persona que haya tenido ó tenga la patria potestad, ó el curador en su defecto, siendo la mujer menor.

En cuanto á la preferencia para exigir la constitucion de la hipoteca y calificar la suficiencia de la misma entre las personas que se enumeran en el artículo que comentamos, se observarán las reglas y prescripciones del artículo 1409 (185 de la ley), como veremos oportunamente.

Suscitan algunos la duda de quién deberá calificar la suficiencia de la hipoteca cuando ésta se constituye siendo la mujer soltera y mayor de edad, pero viviendo en compañía de su padre ó madre, suponiendo que si bien en este caso tiene la hija capacidad para hacer aquella calificacion, debe ejercer esta facultad estando presente su padre, y en su defecto la madre, de acuerdo y conformidad con éstos.

En nuestro humilde concepto, el artículo no motiva semejante duda, pues como acabamos de decir, establece terminantemente qué personas pueden calificar la suficiencia de la hipoteca cuando la mujer es soltera y mayor de edad.

Por otra parte, no estamos conformes con el razonamiento en que se fundan los que, creyendo posible la duda, la resuelven en el sentido que hemos dicho, como tampoco lo estamos en cuanto á la resolucion misma de la pretendida dificultad.

La consideracion de que emancipada de derecho la hija al cumplir la mayor edad, vivirá ordinariamente en la familia miéntras permanezca soltera, con lo cual no queda emancipada de hecho, nos parece que por sí sola, ni hubiera sido suficiente para inspirar al legislador el precepto que comentamos, ni en caso de ser fundada la duda, bastaría para resolverla, puesto que en algunos casos la hija podrá vivir sin hallarse en compañía de sus padres, con lo cual resulta que aquel razonamiento y la solucion consiguiente no evitan todas las dificultades ni son aplicables á los diversos casos que puedan presentarse.

No juzgamos necesario, por otra parte, que la hija concurra á calificar la suficiencia de la hipoteca en el caso á que nos referimos.

Artículo 1407.—Si el curador no pidiere la constitucion de la hipoteca, el fiscal del Tribunal de partido denunciará el hecho al Juez ó Tribunal que le haya discernido el cargo, para que proceda á lo que haya lugar.

En defecto de curador, el mismo fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la hipoteca.

Los Jueces municipales tendrán tambien

obligacion de excitar el celo del Ministerio fiscal, á fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior.

ORÍGENES

Art. 183, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

No ha escaseado el legislador los medios de que la mujer huérfana y menor de edad adquiera la garantía hipotecaria que por su dote ha de constituír el que es ó ha de ser su marido; así es que, en prevision de la negligencia del curador, ha impuesto á los fiscales y jueces municipales las obligaciones que detalla este artículo.

Artículo 1408.—El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal, aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no lo hicieren una ni otro dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote.

Tambien deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida si se negaren á hacerlo la misma madre ó la persona que haya dado la dote.

ORÍGENES

Art. 184, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Desde luégo se comprende que despues de la ley del Matrimonio civil que confiere á la madre la patria potestad en defecto del padre, este artículo ha quedado en parte derogado por aquella ley, y por tanto que sólo tendrá aplicacion cuando se trate de huérfanos que lo fueran con anterioridad á 1870, que son los únicos cuyas madres no han adquirido aquella potestad. En este concepto, pues, el precepto legal que comentamos se halla derogado. Pudiéramos haber redactado el artículo en esta forma: «El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal aunque exista el que haya dado la dote, si éste no lo hiciere dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote. Tambien deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida, si se negare á hacerlo la persona que haya dado la dote,» que es lo vigente; pero hemos preferido conservar este artículo tal como está en las ediciones oficiales, ya que en éstas, á pesar de ser posteriores á 1870, no se han introducido, ignoramos por qué causa, las reformas indispensables que han de poner en armonía esta ley con las demas vigentes.

Artículo 1409.—Pedida judicialmente la hipoteca dotal por cualquiera de las personas indicadas en el segundo párrafo del artículo 1406 (182 de la ley), se observarán para su calificacion y admision las reglas siguientes:

1.ª Si la dote fuere dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificacion y admision de la hipoteca corresponderán, en primer lugar, al padre, en su defecto á la madre, y por falta de ambos, al curador.

2.ª Si la dote ó bienes que deban asegurarse fueren dados por cualquiera otra persona, corresponderán á ésta la calificacion y admision de la hipoteca, y sólo cuando ella no las hiciere, despues de requerida, podrán ejercitar igual derecho el padre, ó la madre en su defecto, y el curador á falta de ambos.

3.ª El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admision, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquiera otra causa que pueda afectar á su validez; mas si la oposicion no fuere fundada, el juez lo declarará así y admitirá la hipoteca.

ORÍGENES

Art. 185, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Es tan clara la disposicion de la ley, que no es necesaria explicacion de las reglas que contiene. Téngase presente tan sólo que lo prevenido en este artículo debe entenderse en armonía con el precepto del artículo anterior.

Artículo 1410.—Si el marido careciere de bienes con que constituír la hipoteca de que trata el núm. 3.º del art. 1396 (169 de la ley), quedará obligado á constituírla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera; pero sin que esta obligacion

pueda perjudicar á tercero miéntras no se inscriba la hipoteca.

ORÍGENES

Art. 186, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El marido que al tiempo de contraer matrimonio ó de recibir la dote carece de bienes hipotecables, no por eso queda relevado de la obligacion que la ley le impone. Así, pues, tan luégo como adquiera bienes que puedan hipotecarse, deberá constituir la correspondiente hipoteca. El marido deberá hacer constar esta obligacion, y que se compromete á hipotecar los primeros bienes que adquiera mediante una declaracion solemne en la misma escritura dotal, á no ser que la mujer, siendo mayor de edad y enterada por el notario de su derecho, dispense al marido de aquel requisito.

Aunque la obligacion del marido arranque de aquella escritura, la hipoteca no produce sus efectos hasta que se constituye, por lo cual no puede perjudicar á tercero miéntras no se inscriba en el registro en la forma ordinaria.

Artículo 1411.—Cuando el marido no hubiere constituído hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, tendrá la mujer derecho á exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, se pongan en administracion, ó preste el marido fianza de no enajenarlos.

Lo prevenido en el párrafo anterior no tendrá lugar cuando el marido se hiciere pobre sin su culpa.

ORÍGENES

Ley 29, tit. XI, Partida 4.ª
Art. 187, ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1443, Cód. Francia.—1418 Italia.—241 Holanda.—1219 Portugal.—1471 Bolivia.—2399 y 2401 Luisiana.—1303 Valais.—1173 Neufchatel.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley de Partida, la mujer casada sólo puede reclamar durante el matrimonio su dote cuando el marido viene á pobreza *por su culpa*, y áun en este caso puede optar por garantizarla, ganando con ella derechamente (Sentencia 3 Junio 1872).

Segun la ley 29, tít. XI, Partida 4.ª, la mujer casada, en los casos que expresa, puede demandar al marido que le entregue la dote ó dé fianza de que no enajenará, ó la ponga en mano de un tercero que la cuide y administre, destinando sus productos al sostenimiento de la sociedad conyugal (Sent. 21 Noviembre 1876).

Formulada la demanda con sujecion á la ley 29, tít. XI, Partida 4.ª, dejando á la voluntad del demandado la eleccion de uno de los tres medios legales de asegurarse la integridad de la dote y caudal de la demandante, la sentencia que señaladamente condena al marido á entregar la dote que se había ofrecido á afianzar con hipoteca, infringe dicha ley y las demas que quedan citadas, porque ni se conforma con la demanda en la manera en que fué propuesta, ni sostiene al demandado en el derecho de escoger entre las tres formas que la ley ofrece de solventar su obligacion (Id. id. id.)

COMENTARIO

De la combinacion de la ley de Partidas con el artículo de la Hipotecaria resulta nuestro artículo.

El de la ley Hipotecaria dice solamente:

«Cuando el marido no hubiere constituído hipoteca dotal y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro ó se pongan en administracion.»

La ley de Partida dispone que «Baratador é destruidor seyendo el marido de lo que oviere, de manera que entendiesse la muger, que venía el marido á pobreza por su culpa; assi como si fuesse jugador, ó oviesse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger que le desgastará ó le malmetiera su dote, puedele demandar por juyzio quel entregue della; ó quel dé recabdo, que la non enajene, ó que la meta en mano de alguno, que la guarde é que la gane con ella derechamente, é de las ganancias guisadas é honestas que le dé dellas onde vivan. E esto puede facer en esta manera, maguer dure el matrimonio.»

Nótese que la ley Hipotecaria señala tres recursos en favor de la mujer, que no son idénti-

cos á los que se consignan en la ley de Partida.

Segun la Hipotecaria, estos recursos son:

Que se le entreguen (á la mujer) los bienes que subsistan de su dote.

Que se depositen en lugar seguro.

Que se pongan en administracion.

Con arreglo á la ley de Partida, los recursos son:

Que se entreguen á la mujer los bienes dotales.

Quel dé recabdo que la non enajene.

Que la meta en mano de alguno qué la guarde é gané con ella derechamente.

El recurso de poner la dote en administracion y el de constituirla en depósito que señala la ley Hipotecaria, parecen hallarse comprendidos en el último de la Partida «que la meta en mano de alguno....»; pero nada se dice en aquélla que corresponda al segundo recurso establecido en ésta, es decir, el de que el marido *dé recabdo* de no enajenar la dote. Esta diferencia entre una y otra ley puede ocasionar la duda de si tendrá la mujer hoy el mismo recurso, ó lo habrá perdido desde el momento en que, confirmando la ley Hipotecaria expresamente los otros, omite hablar de éste. En nuestro sentir conserva este recurso; mas como la duda es posible, hacemos la advertencia para que cada uno adopte la resolucion que halle más ajustada á la ley.

En cuanto al último párrafo de nuestro artículo, lo hemos redactado siguiendo la opinion más generalmente admitida, por más que de la ley no aparezca tan clara é inconcusa como se pretende. En efecto, dice ésta: «Mas si el marido fuesse de buena provision en aliñar é endereçar lo que oviese é non malmetiesse lo suyo locamente maguer viniesse á pobreza por alguna ocasion, *nol podria la muger demandar la dote mientra que durasse el matrimonio.* En tal razon como ésta se entiende lo que dize el derecho; que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido que nol deue desapoderar de la dote quel dió.» Parece, por la forma en que está redactada la ley, que si el marido llega á empobrecerse sin su culpa, la mujer no podrá privarle de la dote *nól podria demandar la dote.* Ahora bien: al prohibir la ley que en este caso use la mujer del recurso de pedir su dote (bien para sí, bien para que se ponga en administracion), ¿no parece que deja á salvo su derecho para ejercitar el de que el marido preste recabdo? Siendo dos los recursos, el prohibir uno determinadamente en cierto caso, ¿no equivale á dejar subsistente el otro?

La misma razon en que la ley funda su precepto sirve para prohibir que al marido se prive de la dote, mas no satisface en el caso de que la mujer solicite únicamente fianza.

Artículo 1412.—Cuando á responder de los bienes dotales no se hubiere constituído la hipoteca legal correspondiente, con arreglo al párrafo 1.º del art. 1396 (169 de la ley Hipotecaria), puede el marido por sí solo gravar y enajenar aquellos bienes si la dote fuere estimada ó constituída en cosas fungibles, y salvo el derecho de la mujer para exigir de su marido la constitucion de la hipoteca, con arreglo á los artículos anteriores.

Lo contrario sucederá respecto de los bienes que constituyeren la dote inestimada.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XI, Partida 4.ª

Ley 7.ª, tít. XI, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

La accion para pedir la nulidad de la venta de bienes dotales sólo compete á la mujer misma, ó á sus sucesores y derecho-habientes (Sentencia 5 Marzo 1864).

COMENTARIO

Con arreglo á las leyes de Partida, el marido podía disponer de la dote estimada, puesto que su obligacion era devolver el precio ó tasacion que de ella se hizo, mas no de la inestimada, pues que en ésta ha de restituír los mismos bienes; así es que dice: *Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donación quel dió á su muger, nin la dote que rescibió della, fueras ende si la diera apreciada.* Y hablando de la dote constituída en moneda, vino, trigo, aceite ó cualesquiera otras cosas susceptibles de ser contadas, pesadas ó medidas, añade: *... desque gelas da la muger, puedelas el marido vender ó fazer dellas lo que quissiere, para seruirse dellas é mantener el matrimonio mientra durare.*

Para mayor claridad en este punto conviene hacer una distincion: ó la dote estimada se constituye hipotecando el marido bienes en su

garantía, ó la dote carece de este requisito. En el primer caso es preciso atenerse á las prescripciones de la ley Hipotecaria: en el segundo, única y exclusivamente á la ley de Partidas. Así, pues, los bienes muebles (porque los inmuebles estarán forzosamente inscritos) pertenecientes á la dote estimada, pueden ser libremente enajenados por el marido, lo mismo que los fungibles, aunque fueren inestimados. En cuanto á la dote inestimada, el marido no puede enajenarla. Sin embargo, como nuestras leyes son deficientes en este punto, los autores han pretendido suplir sus vacíos diciendo unos que puede enajenarlos el marido con licencia jurada de la mujer; otros que los podrá enajenar la mujer con licencia y autorizacion de su marido; otros, en fin, que solamente podrá vender la mitad, cuya práctica se ha seguido en algunos puntos. Mas lo cierto es que ésta es una de las materias en que más embrollado anda nuestro derecho y en que con dificultad se hallarán dos autores de una misma opinion, ni que fijen una regla que seguir en la práctica.

La ley Hipotecaria de 1861 resolvió la cuestion de una manera terminante; pero reformada con posterioridad, ha dado ocasion á que las dudas se presenten de nuevo, como tendremos ocasion de ver en el artículo siguiente.

Artículo 1413.—Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, segun lo dispuesto en los números primero y segundo del art. 1396 (169 de la ley), no se podrán enajenar, gravar ni hipotecar en los casos en que las leyes lo permitan, sinó en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados ó gravados, ó los primeros que adquiera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenacion ó de imponerse el grávamen.

Si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enajenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si la mujer fuere menor, el Juez ó el Tribunal que autorice la enajenacion, cuidará de que se constituya la hipoteca de que trata el párrafo primero de este artículo.

ORÍGENES

Art. 188, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La accion para pedir la nulidad de la venta de bienes dotales sólo compete á la mujer misma ó á sus sucesores y derecho-habientes (Sentencia 5 Marzo 1865).

Aun cuando al acto de la venta de una finca perteneciente á la dote estimada concurriera la mujer, quizá por mayor solemnidad, y aunque ésta dijese en la escritura que aquella finca componía parte de sus bienes parafernales, este hecho no puede invalidar por sí solo la constitucion de la dote, ni variar la naturaleza, ó sea el origen de la finca (Sent. 13 Febrero 1871).

COMENTARIO

Grandes han sido las dificultades que han tocado siempre los legisladores cuando han tenido que poner mano en cuestion tan delicada como la de la inalienabilidad de las dotes, sobre todo si, como parecía natural, había de armonizarse el interes de la familia, que exige cierta libertad que no separe á los bienes dotales del comercio, y los justos derechos de la mujer, que puede hallarse en riesgo de perder su hacienda.

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia del procedimiento adoptado por la ley Hipotecaria. A nosotros no nos toca juzgarlo, ni tenemos espacio para ello.

Debemos hacer notar que este artículo ha sufrido una modificacion en su redaccion primitiva, pues al artículo, tal como estaba en la ley de 1861, se le añadieron las palabras *en los casos en que las leyes lo permitan*, que por cierto han originado no pocas dudas y dificultades.

Hé aquí lo que á este propósito dice un autor de ilustracion reconocida (1):

«¿Y cuáles son estos casos en que las leyes lo permiten? ¿Lo sabe el legislador? ¿Lo ha fijado la jurisprudencia? ¿Lo aconsejan los autores? ¿Lo autoriza la práctica, ó por lo ménos los reformadores explican la razon que han tenido para adicionar este artículo? Nada de esto: la

(1) D. José Gonzalo.

exposicion de motivos que precede á la reforma no se ocupa del art. 188; y sin embargo, su reforma es de las más graves que contiene la ley, y la ménos afortunada en verdad.»

En efecto: la cuestion, perfectamente resuelta en la ley de 1861, ha vuelto á renacer.

En cuanto á la dote estimada, se tendrá presente lo prevenido en el artículo anterior, es decir, que es enajenable, y que la enajenacion habrá de hacerse con arreglo á aquel artículo si no se constituyó hipoteca, y con arreglo al presente si los bienes se inscribieron á nombre del marido y se hipotecaron á responder de la dote.

En lo que se refiere á la dote inestimada continúa la misma oscuridad y la misma divergencia de opiniones entre los prácticos. Gutierrez entiende que en la práctica no cabe otro criterio en este punto que el de la conveniencia y la necesidad.

Artículo 1414.—Los bienes propios del marido, hipotecados á la seguridad de la dote, conforme á lo dispuesto en el núm. 3.° del art. 1396 (169 de la ley), podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido sin los requisitos expresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituída sobre ellos, con la prelacion correspondiente á su fecha.

Cuando dicha hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer, y se aplicará lo dispuesto en el artículo precedente.

ORÍGENES

Art. 189, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Marzo 1873.

COMENTARIO

Este artículo corta todas las dificultades que pudieran presentarse. Miéntras la hipoteca constituida en garantía de la dote acompañe á la finca en que se constituyó y se conserve la prelacion correspondiente á su fecha, no hay peligro alguno para la mujer, ni, por lo tanto, inconveniente en autorizar al marido para llevar á cabo por sí solo la enajenacion.

Mas cuando en la hipoteca haya de sufrir alguna alteracion que pueda afectar á los derechos de la mujer, el consentimiento de ésta es necesario.

Artículo 1415.—La mujer podrá exigir la subrogacion de su hipoteca en otros bienes del marido, segun lo dispuesto en los dos anteriores artículos, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenacion ó gravámen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condicion previa para prestar dicho consentimiento.

Si la mujer se hallare en cualquiera de los casos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 1406 (182 de la ley), podrán tambien ejercitar este derecho, en su nombre, las personas designadas en el mismo artículo.

ORÍGENES

Art. 190, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Tampoco este artículo tiene dificultades que poner en claro.

Obsérvese que este artículo y el precedente no tienen aplicacion sinó cuando se trata de dotes constituídas con posterioridad á la ley Hipotecaria, y por consiguiente, que es preciso distinguir en cada caso si la dote se constituyó ántes ó despues de 1.° de Enero de 1863.

¿En qué forma habrá de llevarse á cabo la enajenacion de bienes de la dote estimada, constituída ántes de 1863, y la de los bienes propios del marido, sujetos á la hipoteca tácita general?

Los prácticos aconsejan el siguiente procedimiento (1):

«1.° Que el marido ofrezca á la mujer la *hipoteca especial*, prevenida en el art. 356 de la ley, *en sustitucion* de la tácita general.

2.° Que la mujer la acepte, declarando libre de aquella obligacion oculta la finca que ha de ser gravada ó hipotecada.

3.° Que se otorgue en su virtud entre ellos la oportuna escritura de sustitucion de hipoteca.

4.° Que, previa la consignacion de todos estos particulares en la escritura de enajenacion ó grávamen, una vez otorgada previamente la

(1) Véase la obra de D. José Gonzalo, *El Notariado*.

sustitucion, y por escritura separada, á que deberá concurrir la mujer, venda ó grave el marido como dueño del dominio de los bienes.

5.ª Que la mujer preste su expreso y especial consentimiento, haciéndose constar ademas que queda garantido su derecho con la hipoteca especial constituída en virtud del artículo 355 y 356 de la ley, y obligándose á no reclamar contra la venta en ningun tiempo.»

Cuando se trate de la venta de bienes inmuebles de la dote inestimada constituída ántes de 1863, el mismo autor ya citado aconseja las siguientes formalidades:

«1.ª Concurrirá al otorgamiento la mujer, acompañada de su marido.

2.ª El marido dará licencia á la mujer para celebrar el contrato, y áun será conveniente consignar, si es posible, el motivo que le impulsa á concederla, ó la causa orígen del contrato, para que aparezca demostrada su conveniencia, siempre que eso pueda realizarse.

3.ª La mujer, como dueña del dominio, hará la enajenacion y trasmision de los bienes.

4.ª El marido prestará su *consentimiento*, renunciando el derecho que como tal cónyuge tenía sobre los frutos de la misma dote.

5.ª Convendrá en esta escritura consignar ademas el destino que tendrá el precio de la enajenacion.

6.ª Si éste se entregase al marido, se consignará así.

7.ª Si el precio lo reservase la mujer ó hubiere de emplearse en utilidad de la misma ó de sus bienes, se expresará igualmente: y lo mismo si ésta se lo reservase para su administracion ó para objetos que el marido no está obligado á darla.»

Debemos hacer constar, sin embargo, que, en sentir de algunos autores, no ménos ilustrados que el citado ántes, estos bienes no pueden enajenarse, porque la mujer no tiene el pleno y absoluto dominio sobre ellos, y califican la práctica en contrario de ilegal y abusiva.

Tratándose de dotes constituídas despues de 1863, se observará lo dispuesto en el art. 188 de la ley Hipotecaria, si la dote fué estimada. Si fuere inestimada, la dificultad es la misma que si se otorgó ántes de 1863, segun dejamos dicho en el art. 1413 (188 de la ley).

Artículo 1416.—Los bienes pertenecientes á dote inestimada y los parafernales que se hallaren inscritos con su respectiva calidad, se sujetarán para su enajenacion á las reglas del derecho comun, y á las prescritas en el art. 1413 (188 de la ley), sin perjuício de la restitucion de la doto ó parafernales cuando proceda.

ORÍGENES

Art. 191, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Este artículo decía en la ley de 1861: «y si se enajenasen será con la obligacion de restituírlos el marido, y con sujecion á lo dispuesto en el art. 188.» Al ser reformado en el sentido de que solamente deberá hacerse la restitucion cuando proceda, y sujetando su enajenacion á las reglas del derecho comun, no ofrece dificultades que precisen una explicacion minuciosa.

Artículo 1417.—Cuando los bienes dotales consistan en rentas ó pensiones perpetuas, si llegaren á enajenarse, se asegurará su devolucion constituyendo hipoteca por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas al interes legal.

Si las pensiones fueren temporales, y pudieren ó debieren subsistir despues de la disolucion del matrimonio, se constituirá la hipoteca por la cantidad en que convengan los cónyuges; y si no se convinieren, por la que fije el Juez ó Tribunal.

ORÍGENES

Art. 192, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Tampoco este artículo ha de ofrecer dudas ni suscitar dificultades en su aplicacion práctica. El precepto es tan claro como terminante.

Artículo 1418.—Las disposiciones de esta ley sobre la hipoteca dotal no alteran ni modifican las contenidas en los artículos 1.039, 1.041 y 1.114 del Código de Comercio; pero lo prevenido en el art. 1.117 del mismo no tendrá lugar cuando la dote estuviere asegurada con hipoteca anterior á los créditos que se reclamen (1).

---

(1) Código de Comercio:

«Art. 1039. Se reputan fraudulentos, y quedarán

ORÍGENES

Art. 193, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Las necesidades del comercio han motivado ciertas disposiciones que no era prudente derogar. La ley Hipotecaria lo declara así, á fin de evitar las dudas que pudieran nacer de su silencio.

Artículo 1419.—El aumento ó deterioro de los bienes que forman la dote estimada ó constituída en cosas fungibles pertenecen al marido desde la celebracion del matrimonio.

ORÍGENES

Leyes 18 y 21, tít. XI, Partida 4.ª

ineficaces de derecho con respecto á los acreedores del quebrado, los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes á su quiebra que sean de las especies siguientes:

2.ª Las constituciones dotales hechas de bienes propios á sus hijos.

Art. 1041. Podrán anularse á instancia de los acreedores, mediante la prueba de haberse obrado en fraude de sus derechos.

2.° Las constituciones dotales ó reconocimientos de capitales hechos por un cónyuge comerciante en favor del otro cónyuge en los seis meses precedentes á la quiebra sobre bienes que no fueren inmuebles de abolengo ó los hubiere adquirido y poseído de antemano el cónyuge en cuyo favor se haga el reconocimiento de dote ó de capital.

Art. 1114. Se declaran especialmente pertenecer á la clase de acreedores de dominio con respecto á las quiebras de los comerciantes:

1.° Los bienes dotales que se conservaren en poder del marido, de los que la mujer hubiere aportado al matrimonio, constando su recibo por escritura pública, de que se haya tomado razon en la forma prevenida en el art. 22.

2.° Los bienes parafernales que la mujer hubiere adquirido por título de herencia, legado ó donacion, ya se hayan conservado en la forma que los recibió, ó ya se hayan subrogado ó invertido en otros, con tal que se haya cumplido la misma formalidad en las escrituras por donde conste su adquisicion.

Art. 1117. En el caso de segunda quiebra durante el mismo matrimonio, no tiene derecho la mujer del quebrado á reclamar nuevamente, con prelacion ni sin ella, la cantidad extraída en su favor de la masa de la primera quiebra por razon de dote consumida ó por arras; pero será acreedora de dominio á los bienes inmuebles ó imposiciones sobre éstos en que se hubiere invertido aquella cantidad, siempre que la adquisicion se haya hecho en nombre propio, y que la escritura de compra ó imposicion se haya inscrito á su debido tiempo en el registro de documentos del comercio.»

COMENTARIO

La doctrina de este artículo refleja la division de la dote en estimada é inestimada.

En la estimada, se ha causado venta segun la expresion de los autores, es decir, que el marido se ha hecho dueño absoluto de los bienes en que se constituyó y no tiene que restituírles sinó solamente su estimacion. Consecuencia de esto es que pueda obrar sobre aquellos bienes con pleno dominio, y por tanto que sus frutos y accesiones, así como en aquello en que se mejoren, le pertenecen, cualquiera que sea su importancia. Por el mismo principio sufre tambien los daños y deterioros que experimenten. *Si fuesse apreciada, si se mejorare ó empeorare, al marido pertenece el pro ó el daño della...*

El mismo principio consigna la ley 21 cuando se trata de dote constituída en cosas fungibles, áun cuando sea inestimada. *Si la dote se establesce en cosa que se pudiese contar como haber monedado... ó en que se puede pesar como oro ó plata, ó que se pueda medir como civera ó vino, todo el pro ó el daño que aviniesse en cualquiera destas cosas despues que fuessen dadas, seria del marido, é non de la muger.*

Artículo 1420.—Constituída la dote de manera que sea estimada ó inestimada, á eleccion de la mujer, ó si la estimacion tuviera por único objeto poder apreciar el aumento ó menoscabo que sufrieren los bienes, se entenderá la dote inestimada y pertenecerán en ambos casos á la mujer las mejoras y deterioros que sobrevinieren.

Lo mismo se observará si, constituída la dote de manera que fuere estimada ó inestimada á eleccion del marido, éste optase por devolver la cosa misma que se le entregó en dote, á no haberse pactado lo contrario, ó si el daño se causó por culpa del marido.

ORÍGENES

Leyes 18, 19 y 21, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Si la dote fuere inestimada, los aumentos y deterioros que sufran las cosas ó bienes en que se constituyó pertenecen á la mujer. Recordamos que áun cuando medie estimacion, la dote no pierde su calidad de inapreciada cuando

aquélla tiene por objeto graduar el aumento ó menoscabo que sufran los bienes, es decir, siempre que no sea estimacion que cause venta.

Mas si apreciada no fuese cuando lo diere la muger al marido, estonce pertenesce el daño ó el pro de la dote á la muger, en cualquier tiempo que venga.

Cuando la dote se constituye de modo que pueda ser estimada ó inestimada, distingue la ley dos casos: si la calidad de la dote depende de la eleccion de la mujer, ó de la del marido.

En el primer caso, el daño y la mejora pertenecen á la mujer. En el segundo, al marido, si optó por devolver la cosa misma que se le entregó por dote.

Señalando la muger al marido su dote en casa ó en viña, ó en otra eredad, apreciándola, si tuviese para si la escogencia de tomar lo que le da por dote, ó aquello por que lo aprecia; si se partiesse el casamiento, é non otorgasse al marido la escogencia, el daño ó el pro que viniesse, si fuesse crescida ó menguada, seria della, é non del marido. Lo mismo añade para el caso en que la tasacion de la dote tuviera por único objeto poder apreciar el aumento ó menoscabo que sufrieren los bienes.

En cuanto al segundo párrafo del artículo, dice la ley: *E si cuando la muger establece la dote, lo fiziesse diziendo que daua unas casas en dote, é que las apreciara en doscientos maravedis, en tal manera, que si el casamiento se partiesse, que fuere en escogencia del marido de tornar las casas ó doscientos maravedis, el pro ó el daño que desto viniese, seria de la muger é non del marido; si el marido escogiesse de darle las casas quier fuessen empeoradas ó mejoradas: fueras ende si la muger pudiesse probar que por culpa del marido avino el daño en aquello que le dió por dote; ó si por aventura el marido rescibiesse sobre si todo el daño que viniesse en la dote cuando gela dió la muger.*

Artículo 1421.—Cuando la dote ó parte de ella se hubiere constituído en ganados, tendrá el marido obligacion de reponer las cabezas que mueran con las que nazcan.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Pero si acaesciesse que murieren algunos, tenudo es el marido de tornar otros tantos en lugar de los que murieren, de aquellos fijos mismos que nascieran dellos. La ley no dice si se refiere á la dote estimada ó á la inestimada; pero desde luégo se comprende que ha de ser de esta última clase, pues de otro modo, no hay razon para exigir al marido que reponga las cabezas que mueran con las que nazcan, puesto que ha de restituír solamente la estimacion.

Artículo 1422.—El marido que fuere condenado por sentencia firme á la pérdida de los bienes dotales, podrá exigir de su mujer, ó de quien la hubiere dotado, la constitucion de una nueva dote en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Si el que la dió se obligó á la eviccion y saneamiento.

2.° Si se hubiere constituído dolosamente.

3.° Si la dote fuere estimada.

ORÍGENES

Ley 22, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con ley 1.ª, tít. XII, lib. V, Código Romano.

COMENTARIO

Nada de particular ofrece esta ley, á no ser la duda expuesta por algunos, Baldo entre ellos, de si el marido que se ve privado de la dote por una sentencia firme tendrá que dar alimentos á su mujer. Entendemos, contra la opinion de Baldo, que la obligacion de alimentos, como carga del matrimonio independiente de la constitucion de la dote, no puede sujetarse á las contingencias que ésta pueda sufrir.

Algunos Códigos modernos eximen de la eviccion al dotante, cuando es un extraño.

SECCION TERCERA

DE LA RESTITUCION DE LA DOTE.

Artículo 1423.—La dote debe restituírse á la mujer ó sus herederos en los casos siguientes:

1.° Cuando el matrimonio se disolviere ó fuere declarado nulo.

2.° En el caso del art. 155 de este Código.

ORÍGENES

Ley 30, tít. XI, Partida 4.ª

Véase las citas del art. 155.

JURISPRUDENCIA

La obligacion de restituirla á la disolucion del matrimonio, si bien no expresa el lugar donde deba hacerse la devolucion, implícita y virtualmente designa aquel en que se disuelva el matrimonio (Sent. 22 Setiembre 1856).

Segun el tenor de las leyes 7.ª y 31, tít. XI, Partida 4.ª, llegado el caso del divorcio ó separacion, ha de entregarse la dote ó donacion al cónyuge que debe haberla, ó sus herederos (Sentencia 18 Junio 1864).

La dote que corresponde á la mujer casada debe entregarse despues de su muerte á sus hijos y herederos; por lo que al declarar la sentencia que la cantidad en que consistió la de una mujer casada se adjudique á los herederos de su marido, infringe la ley 30, tít. XI, Partida 4.ª, que declara á quién debe ser entregada la dote cuando muere la mujer dotada. (Sentencia 28 Mayo 1877).

COMENTARIO

Disuelto el matrimonio, bien por muerte de uno de los cónyuges, ó de ambos, bien por divorcio ó por declaracion de nulidad del mismo, el marido debe devolver la dote, salvo en los casos en que con arreglo á derecho esté relevado de esta obligacion, segun veremos oportunamente.

La razon de este precepto se alcanza fácilmente, si no se olvida cuál es el destino de la dote y la causa que le da nacimiento. Cuando el matrimonio cesa, cesa tambien la mision de la dote, y por lo tanto su necesidad, y debe, por consiguiente, restituírse á la mujer ó entregarse á sus herederos.

Artículo 1424.—En la dote inestimada los bienes inmuebles que la constituyeren se restituirán en el estado en que se hallaren: si hubieren sido enajenados, se restituirá su valor.

Del mismo modo se restituirán los bienes muebles, ó su estimacion conforme al artículo 1404 (177 de la ley Hipotecaria), si no subsistieren al tiempo de la disolucion del matrimonio.

ORÍGENES

Leyes 26 y 31, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1564, Código Francia.—1409 Italia.

COMENTARIO

La ley 26 dice: ... *deue ser entregada la dote á la muger: se entiende si no fuesse apreciada, ca seyendo apreciada deue auer la estimacion della é non mas.* Ademas, téngase presente lo establecido en el art. 177 de la ley Hipotecaria, que ordena que cuando se constituya dote inestimada en bienes no inmuebles, se apreciarán éstos con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de su restitucion, y se tendrá completa la doctrina vigente sobre este particular.

Despues de lo que dejamos consignado en artículos y comentarios anteriores respecto á la diversa naturaleza de la dote estimada é inestimada, no creemos necesario señalar cuáles son sus puntos de contacto y sus diferencias. Téngase presente que la distincion donde produce efectos de mayor importancia es sin duda en la obligacion de restituirla. A esto se subordina todo cuanto respecto á las hipotecas por razon de dote hemos dicho anteriormente.

Nada dice la ley de la forma en que haya de

restituirse la dote consistente en el derecho de usufructo, pension ó renta vitalicia.

Celso dice que se consulte en estos casos lo convenido y pactado entre las partes.

Febrero expone que la práctica seguida en este punto consistía en computar como dote el importe de los diez años siguientes al día del matrimonio, cuyo capital será la dote que habrá de restituirse por el marido, rebajando, si se tratase de un usufructo, una cuarta parte por huecos y reparos en las casas, y el importe de los gastos de labranza en las tierras, viñedos y olivares.

Escriche dice á este propósito: «Si la mujer hubiese llevado en dote algun usufructo, sólo está obligado el marido, ó su heredero, á restituir el derecho de usufructo, si es que todavía existe, y no los frutos caídos ó percibidos durante el matrimonio, porque tal derecho es, y no su producto, lo que debe considerarse como dote. Lo mismo debe decirse de la renta vitalicia, pension, legado anual ú otro derecho semejante que la mujer hubiese traído como dotal. Sólo en el caso de que la mujer constituyese simplemente como dotales los productos que se sacaren del derecho de usufructo durante el matrimonio, y no el derecho mismo, tendría que restituirlos el marido ó su heredero, y contentarse con los intereses de dichos productos sucesivamente capitalizados. La práctica que segun dice Febrero hay en la corte es tan injusta y desatinada, segun reconoce el mismo Febrero, que no merece los honores de la refutacion.»

Artículo 1425.—Cuando la dote fuere estimada, se restituirá el importe de la estimacion que se hizo de los bienes al ingresar en el matrimonio.

ORÍGENES

Leyes 18 y 26, tít. XI, Partida 4.ª
Párrafo 1.°, art. 169, ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1565 Código Francia.—1410 Italia.—Ambos señalan el plazo de un año para la restitucion de la dote estimada.

COMENTARIO

Vease lo que decimos en el artículo anterior.

Artículo 1426.—La restitucion de los bienes fungibles no estimados se hará con otro tanto de las mismas especies.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Hablando la ley 21 del caso en que los bienes dados en dote fueren susceptibles de ser contados, pesados ó medidos, despues de enumerar los derechos y obligaciones que respecto de ellos tiene el marido, termina con estas palabras: *Mas con todo, tenudo es de tornar á la muger otro tanto, ó tal como aquello quel dió en dote, si se partiesse el matrimonio en vida sin su culpa de ella ó por muerte.*

Se ve, pues, que la dote constituida en cosas fungibles participa á la vez del carácter de la estimada, por más que no se haya otorgado en este concepto, y á la vez tiene un carácter propio.

Basta, para convencerse de esto, recordar que el marido puede enajenarlos como si fueran parte de una dote estimada, y al mismo tiempo está obligado á restituir, no su estimacion, ni tampoco los mismos bienes, sinó otros iguales en especie, cantidad y calidad.

Artículo 1427.—Cuando la disolucion del matrimonio se hubiere ocasionado por el fallecimiento de la mujer y sus herederos estuviesen bajo la patria potestad del marido, no deberá éste restituir la dote hasta la mayor edad de aquéllos.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Cuando el matrimonio se disolviere por fallecimiento de la mujer, la dote debe pasar á sus herederos, es decir, á sus hijos, si los hubiere, ó á sus ascendientes en su defecto, y en otro caso al que por ministerio de la ley ó por voluntad de la mujer deban corresponder aquellos bienes. Mas en el caso en que hayan de percibir los bienes los hijos legítimos del matrimonio disuelto, y aquellos hijos fueren menores de edad, prescribe la ley que se difiera la restitucion de los bienes dotales, y así dice: *fueras ende si la oviesse de entregar á los fijos que non fueren*

de edad, que la puede tener el padre ó la madre fasta que sean de edad.

El padre continuará con la administracion de la dote, pero sin poderla *malmeter*, segun expresa la misma ley.

Artículo 1428.—En cuanto á las impensas ó mejoras hechas en las cosas dotales inestimadas, el marido deberá ser indemnizado de las que contribuyeron á que la cosa se hiciere mejor y más productiva, pero no de las voluntarias.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Leyes del tít. I, lib. XXV, Digesto.

COMENTARIO

Aquellos bienes que se entregan al marido como dote estimada pasan á su poder en pleno dominio, y por consiguiente, cuantos gastos é impensas haga en mejorar dichos bienes, deberá abonarlos él mismo, puesto que redundan en su utilidad y provecho. Mas tratándose de los bienes inestimados no puede suceder lo mismo, toda vez que las mejoras pertenecen á la mujer, y á ella afectan directamente.

La ley, sin embargo, no ha podido ménos de hacer una distincion entre las diversas clases de impensas dedicadas á mejorar las fincas; y si bien no las designa con los mismos nombres con que las distinguieron los romanos, en el fondo la clasificacion es la misma, y puede usarse de ella con aplicacion á nuestro Derecho, sin que por eso se altere la verdad de la legislacion vigente.

Dice la ley de Partida: «Mejorando el marido la cosa que le dió su mujer en dote, non seyendo apreciada assi como si la refiziesse ó la acresciesse, porque fuesse mejor é rendiesse más: si las despensas que en ella metiese, fueren atales que se mejora la dote por ellas, puédelas contar é auerlas aquellas que fiziese: ademas de quanto montare el esquilmo que lleuó de los frutos é de las rentas de la dote. Mas si fiziese el marido despensas en la dote de su voluntad, que se tornassen mas en apostura que en pro della, assi como si fuesen cosas é las juntasse ó en otra manera semejante destas, non las deue contar, nin las pueden demandar, quando entregare la dote.»

Las impensas que tienen por objeto que la finca *fuesse mejor é rendiesse más*, son las útiles y necesarias de los romanos, segun opinion de ilustres jurisconsultos, por lo cual los autores admiten como corriente que tales mejoras son necesarias, útiles y voluntarias, siendo de abono para el marido las dos primeras, y no la tercera.

Artículo 1429.—La restitucion de los bienes dotales que fueren inmuebles debe hacerse desde luégo.

La de los bienes muebles se hará en el término de un año.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Artículo 1564, Cod. Francia.—1409 Italia.

COMENTARIO

Tiene por principal objeto este artículo no apurar al marido cuando haya de restituír la dote consistente en dinero metálico. Cuando se trata de bienes raíces, la devolucion puede hacerse tan luégo como el matrimonio se ha disuelto. La de los muebles no se hará tan inmediatamente, segun dispone la ley. «Luego que el divorcio sea fecho, deue ser entregada la dote...si fuere cosa que fuesse rayz. Mas si fuere la dote de cosa mueble, deue ser entregada fasta un año desque el divorcio fué fecho. Esso mismo sería si el matrimonio se partiesse por muerte. Ca deue ser entregada la dote, ó la donacion á aquel que la deue auer; si fuere cosa rayz luego que el matrimonio se departe: é si fuere de cosa mueble, fasta un año...»

Una duda se ocasiona con la ley que comentamos, es á saber: si en el caso de haberse constituído la dote en metálico, deberá el marido intereses á la mujer ó á sus herederos durante el año que tiene de término para hacer la restitucion. Goyena expresa que los intereses legales del dinero son frutos civiles; y como por otra parte cesaron las cargas del matrimonio, hay la misma razon, aunque en sentido contrario, para

que el marido abone aquellos intereses como para que se consideren aumento de dote los frutos producidos por las fincas ántes de la celebracion del matrimonio.

Gutierrez declara que le hace fuerza esta razon, pero que, establecido el plazo en beneficio del marido, en la posibilidad de que le falte dinero y tenga que procurárselo, exigirle los réditos es sujetarle á la condicion del hombre á quien se hace un préstamo.

Nosotros dudamos que se haya concedido al marido aquel término como beneficio para el caso posible indicado por Gutierrez; pero si tal beneficio quiso otorgarle el legislador, y la intencion de éste fué que no usase el marido de él sinó cuando careciese de dinero y hubiera de buscarlo, y que solamente demorase el pago el tiempo que tardó en procurárselo, es evidente que no pudo la ley querer que se abonasen intereses, lo cual anularía el beneficio y áun podría llegar á convertirse en daño del marido á quien quiso favorecer.

Mas si la fijacion de dicho plazo no es realmente un beneficio, sinó un respeto y una consideracion que se guarda al marido, á quien no parece justo apremiar como á un deudor extraño, entónces puede sostenerse, con Goyena, que el abono de intereses es perfectamente natural.

Todo depende, por lo tanto, del concepto que se dé al término ó plazo concedido por la ley.

Artículo 1430.—Cuando el marido ó los hijos no puedan restituír toda la dote en el tiempo prefijado por la ley, podrán retener lo indispensable para su subsistencia.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XI, Partida 4.ª

COMENTARIO

El marido deudor de la dote no es una persona extraña á quien se pueda angustiar para que ofrezca el pago inmediato. La ley no ha querido que entre los cónyuges pudieran establecerse relaciones de apremio é inconsideracion, poco conformes con los íntimos lazos que los han unido. Así es que ha creido conveniente introducir el llamado beneficio de competencia, en virtud del cual «si acaesciesse que el marido non podiesse luego entregar toda la dote á los plazos que dize en la ley ante desta (el artículo anterior), deue el juez de aquel lugar catar que lo faga que pague aquello que podiere: de manera quel finque alguna cosa de que viva todauia, tomando tal recabdo dél, que la pague quanto mas ayna pudiere. Esso mismo se entiende, que deue ser guardado en los fijos, si acaesciere que ayan de entregar la dote á su madre, por razon de su padre.»

Este beneficio lo gozará el marido, y los hijos en su caso, áun cuando hubiere pacto en contrario, pues este pacto, como opuesto á la reverencia y consideracion que se debe al marido, no debe ser guardado: *quippe cum contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est apparet* (1).

Artículo 1431.—Cesa la obligacion de restituír la dote:

1.° Por pacto otorgado entre los esposos (*a*).

2.° Por adulterio de la mujer, á ménos que el marido diere la muerte á la adúltera ó su cómplice (*b*).

3.° Por costumbre guardada en el lugar donde se contrajere el matrimonio (*a*).

4.° En el caso del art. 159 de este Código (*c*).

Lo dispuesto en los cuatro números anteriores se entiende sin perjuício de los derechos que los hijos legítimos tengan como herederos forzosos de su madre, en cuyo caso el marido tendrá sólo el usufructo miéntras viviere.

ORÍGENES

(*a*) Ley 23, tít. XI, Partida 4.ª
(*b*) Ley 23, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tít. VII, lib. IV, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. XXVIII, lib. XII, Nov. Rec.
Ley 5.ª, tít. XXVIII, lib. XII, Nov. Rec. (82 de Toro).
(*c*) Ley 50, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

En artículos anteriores nos hemos referido frecuentemente á casos en que el marido no tenga obligacion de restituír la dote: ¿qué casos son éstos?

En primer lugar, *gana el marido la dote*, es decir, no queda obligado á devolverla, por

(1) Ley 14, tít. I, lib. XXV, Digesto.

pleyto que ponen entre si los cónyuges, esto es, cuando así lo hubieren pactado, á no ser en los casos en que las leyes lo prohiban ó en que se acompañe alguna condicion ilícita.

El adulterio de la mujer. Al ocuparnos de los efectos del divorcio (1) dijimos que uno de los efectos del mismo cuando habían tenido por fundamento el adulterio de la mujer, era la pérdida por parte de ésta de todos sus bienes, y la adquisicion por sus hijos, y en su defecto por su marido. A lo en aquel lugar consignado poco hemos de añadir.

Por yerro que faze la muger faziendo adulterio cesa la obligacion de restituir la dote. La ley de Partida, y con ella la del Fuero, confirmadas por la 82 de Toro, señalan, en conformidad con los principios vigentes en otras materias, que el marido no gana la dote más que en un caso, á saber, *si no hubiere fijos derechos*; pues por ninguna causa deben los derechos de los hijos verse desconocidos, como lo serían si la culpa de la madre perjudicase á los hijos en su legítima.

Sobre la observancia de esta ley véase lo que decimos en el lugar citado.

Si el marido diere la muerte al adúltero ó á la adúltera, aunque los tome *in fraganti* y sea justamente fecha la muerte, no gana la dote el marido, ó por mejor decir, no la pierden los herederos de la mujer.

La tercera razon que es de costumbre, porque se gana la dote... es como si fuesse costumbre vsada de luengo tiempo en algun logar de la ganar... el marido quando muere la muger, ó si fuesse costumbre de la ganar... quando entrare en Orden.

El último caso es de nulidad del matrimonio celebrado de mala fe por la mujer. Véase nuestro art. 159, tomo I, pág. 106, y lo que allí decimos sobre la observancia de esta ley.

Por último, en armonía con lo dicho anteriormente acerca del derecho de legítimas reconocido por las leyes en favor de los hijos, añade la ley de Partidas: *E lo que dize en esta ley, de ganar el marido... la dote por alguna de las razones sobredichas, entiéndase, si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los ouiessen, estonce deuen auer los fijos la propiedad de la... dote*; bien que el marido conservará durante toda su vida el usufructo de la misma dote; *deue auer en su vida el fructo della.*

CAPÍTULO IV

DE LOS BIENES PARAFERNALES

Artículo 1432.—Los bienes que la mujer aporte al matrimonio ó adquiera durante él sin formar parte de la dote, se llaman parafernales.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1574, Cód. Francia.—1425, Italia.

JURISPRUDENCIA

Los bienes que la mujer casada adquiere por herencia entran naturalmente en la clase de extradotales ó parafernales, si no se estipuló anticipadamente que constituyan un aumento de dote (Sent. 4 Marzo 1858).

Si durante un litigio sobre prevencion de un juicio de testamentaria no se ha calificado de *bienes parafernales* la porcion que á la recurrente pueda corresponder en la herencia de su padre, ni era posible anticipar esta calificacion hasta que, llegando aquélla á adquirir dicha porcion hereditaria, pudiera, bien entregarla á su marido como aumento de dote para que la administre, bien *retenerla apartadamente para sí*, segun la expresion de la mencionada ley, carecen de aplicacion á la cuestion litigiosa la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, y la jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo (Sent. 5 Octubre 1877).

(1) Véase art. 154, tomo I, pág. 100.

COMENTARIO

Para y *pherna* son dos palabras griegas que quieren decir *ademas* y *dote*, las cuales han servido, unidas, para designar todos aquellos bienes que la mujer posee sin formar parte de su dote, es decir, además de la dote; por lo cual se les llama tambien extradotales y fuera de la dote.

La naturaleza de estos bienes y el carácter que los distingue de los dotales está en que *quier sean muebles ó rayzes los retienen las mujeres para si apartadamente é non entran en cuento de dote*, como veremos en el artículo siguiente.

Artículo 1433.—A la mujer corresponde el dominio y administracion de los bienes parafernales, á no constar de una manera indubitada que los hubiera entregado al marido para su administracion.

ORÍGENES.

Ley 17, tít. XI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con parte de: Art. 1576 Cód. Francia.—1427 Italia.

JURISPRUDENCIA

Es potestativo en la mujer el trasferir ó no al marido el dominio de los bienes parafernales (Sent. 4 Marzo 1858).

Para que corresponda al marido la administracion de los bienes parafernales de su mujer, debe hacérsele entrega de ellos *señaladamente* y con intencion conocida de realizarla; en caso de duda debe decidirse que no hubo tal entrega (Sent. 9 Enero 1860).

La mujer puede contratar válidamente, con licencia de su marido, sobre sus bienes parafernales (Sent. 30 Enero 1862.)

Si bien corresponde á la mujer la administracion de sus bienes parafernales, esto se entiende sin perjuicio de la intervencion que debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia y autorizacion no puede aquélla concurrir ni celebrar por sí, y de que como jefe de la familia, y para atender á sus necesidades, perciba y disponga de los productos de dichos bienes (Sent. 26 Octubre 1863).

Si bien las leyes y la jurisprudencia establecen de consuno que á la mujer casada pertenecen el dominio y administracion de los bienes parafernales, cuando no les hubiere entregado espontáneamente á su marido, este principio no obsta á que los frutos ó rentas de estos bienes, como los que produzcan todos los demás que los cónyuges poseyeren, sirvan, durante el matrimonio, para atender á sus cargas (Sent. 25 Noviembre 1864).

Las leyes relativas á dotes son inaplicables tratándose de cuestiones relativas á la administracion de los bienes parafernales (Sent. 12 Diciembre 1864).

Para que el *señorío* de los bienes parafernales de la mujer pase *durante el matrimonio al marido*, y pueda, por consiguiente, exigirse á éste la responsabilidad que la ley le impone relativamente á aquellos bienes, es indispensable probar que la mujer se los entregó, *señaladamente y con intencion* de que los poseyera y administrara como dotales, pues que en caso contrario, y áun en el de dudarse si se realizó ó no tal entrega, *siempre finca la muger por señora dellos* (Sent. 23 Mayo 1864).

La administracion de los bienes parafernales corresponde á la mujer, con la restriccion legal de no poder enajenarlos sin las formalidades de derecho, miéntras no los entrega al marido para aquel objeto (Sents. 4 Marzo 1858, 9 Enero 1860 y 12 Diciembre 1864).

La sentencia que desestima la demanda del marido para que ingresen en el fondo comun de la sociedad conyugal y se le entreguen, prévia liquidacion, los productos de los bienes parafernales de su mujer administrados por la misma, infringe la doctrina legal de que el administrador de unos bienes cuyos productos corresponden á una sociedad y deben ingresar en su fondo comun ha de rendir cuentas y entregarlos al jefe ó gerente de ella, que en la conyugal es el marido (Sents. 26 Octubre 1863 y 23 Abril 1866).

La declaracion de que á la mujer corresponde la administracion de los bienes parafernales no puede ménos de entenderse sin perjuicio de la intervencion que segun las leyes 11 y 12, tít. I, libro X, Nov. Rec., debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia y autorizacion no puede concurrir la mujer casada miéntras subsista el matrimonio (Sent. 8 Octubre 1866).

La declaracion de que á la mujer corresponde la administracion de los bienes parafernales no puede ménos de entenderse sin perjuicio de

la intervencion que, segun las leyes 11 y 12, tít. I, lib. X, Nov. Rec., debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia ó autorizacion no puede concurrir la mujer casada miéntras subsista el matrimonio (Sent. 8 Octubre 1866).

Si bien por lo dispuesto en la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, corresponde á la mujer casada el señorío y la administracion de los bienes parafernales, los frutos ó rentas de los mismos son comunes miéntras subsista el matrimonio (Sentencias 23 Abril 1866, 1.º Marzo 1867, 8 Octubre 1866 y 29 Octubre 1867).

La expresion usada en la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, al decir que la mujer conserve *el señorío de sus bienes parafernales*, no puede significar otra cosa que el espíritu de esta ley, y en su combinacion con las demás del mismo título, que la administracion de dichos bienes, como lo ha declarado ya el Tribunal Supremo, y de ningun modo su *dominio ó propiedad*, que conserva siempre la mujer en los parafernales que entrega á su marido, así como en las dotes inestimadas (Sent. 11 Mayo 1871).

Si bien la 17, tít. XI, Partida 4.ª, reconoce en la mujer casada el dominio de sus bienes parafernales cuando no los entrega á su marido, necesita, sin embargo, acreditar una y otra circunstancia (Sent. 3 Octubre 1871).

Cuando la Sala sentenciadora declara por el resultado de autos que el marido no ha probado que su mujer le hubiese hecho entrega de los bienes parafernales ó extradotales señaladamente para que los administrase, teniéndose, en caso de duda, que considerar á la mujer como señora de ellos, no puede decirse infringida la ley por la sentencia que concede á la mujer dicha administracion, si bien con la prohibicion consignada en las leyes recopiladas (Sent. 10 Mayo 1873).

Si al declararse que á la mujer corresponde la administracion de sus bienes parafernales no desconoce la sentencia que los frutos de los mismos pertenecen á la sociedad conyugal, no puede reputarse infringida la ley 3.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 10 Mayo 1873.)

Segun lo dispuesto en la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, para que el *señorío* de los bienes parafernales de la mujer *pase durante el matrimonio* al marido, y pueda, por consiguiente, exigirse á éste la responsabilidad que aquella ley impone relativamente á dichos bienes, es indispensable probar que la mujer se los *entregó señaladamente* y *con intencion* que la poseyera y administrara como los dotales, pues que en contrario, y en el de dudarse si se realizó ó no la entrega, *siempre finca la mujer* por señora dellos. Por la ley provisional sobre matrimonio civil no se ha hecho variacion alguna sobre este punto, puesto que si bien por los artículos 45 y 49 se determina que el marido administrará los bienes de su mujer, se exceptúan aquellos cuya administracion corresponde á la misma por la ley (Sent. 17 Junio 1874).

La mujer casada puede, con licencia de su marido, disponer de los bienes parafernales: y obligándose aquélla de mancomun é *in solidum* con éste á pagar cierta cantidad, sin haber reclamado despues la nulidad de la escritura de obligacion, y consintiendo la sentencia de remate dada entre marido y mujer, no puede volver sobre sus propios actos, ni litigar con el doble carácter de ejecutada y opositora (Sentencia 1.º Febrero 1876).

COMENTARIO

Niegan algunos que la administracion de los bienes parafernales haya de corresponder á la mujer, miéntras no haya ésta renunciado á este derecho, y suponen que en todo caso será el marido el administrador nato y legítimo de aquellos bienes. Fúndanse para sostener semejante doctrina en que la ley de Partida que sirve de fundamento al artículo que comentamos no contiene frase alguna que directamente se refiera á la administracion de los bienes, sinó únicamente á su dominio y señorío, y en que además la 11, tít. I, lib. X, Nov. Rec., prohibe á la mujer celebrar contratos y cuasi-contratos sin licencia de su marido, lo cual, dicen, la imposibilita de ser administradora. Esta doctrina, sin embargo, no puede sustentarse despues de las frecuentes declaraciones del Tribunal Supremo, que pueden verse en la Jurisprudencia, y despues que la ley de Matrimonio civil (artículo 45) reconoce asimismo la existencia de bienes cuya administracion corresponde á la mujer con arreglo á las leyes.

Es, por consiguiente, necesario, á la vez que posible, armonizar la ley de Partida con la de Toro; y por lo mismo, que al mismo tiempo que la mujer conserva la facultad de administrar por sí misma todos los bienes que no forman parte de la dote ni le han sido entregados al marido para su administracion, conserve éste su representacion y su autoridad dentro de la familia, sin que se desconozca que la mujer

no puede obrar sin su licencia ó consentimiento, á no ser en los casos y con los requisitos que marcan las leyes.

Siendo hoy doctrina inconcusa la de que á la mujer corresponde la administracion de los bienes parafernales, no hemos tenido inconveniente en sustituír con esta palabra la de *señorío* que emplea la ley.

La mujer, sin embargo, no siempre administra los parafernales. Así dice la ley: *E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la mujer al marido con entencion que haya el señorio dellas, mientra que durare el matrimonio auerlo ha: bien assi como de las quel da por dote.*

Nótese que en nuestro artículo decimos «á no constar de una manera indubitada,» cuyas palabras terminantes, que á nuestro entender no admiten que se adjudique la administracion al marido cuando sea dudosa la intencion de la mujer ó el acto por el que se supone cedió aquella facultad, tienen por fundamento la doctrina de la misma ley, que añade: *Esso mismo seria quando fuessen en dubdas, si las diera al marido ó non.*

Los frutos producidos por los bienes parafernales se han de dedicar en todo caso al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Es decir, que áun cuando la mujer se reserve su administracion, como lo consiente la ley, no por eso han de ser privativamente suyos los frutos y rentas que aquéllos produzcan. En este caso, lo mismo que en el de que la mujer confiera á su marido aquella facultad, los productos de los bienes parafernales han de emplearse, del mismo modo que los dotales y los que particularmente sean del marido, á sobrellevar los gastos del matrimonio y al cuidado, mantenimiento y educacion de la prole, como veremos al tratar de la sociedad de gananciales.

Cuando la mujer hubiere entregado á su marido la administracion de los bienes parafernales, será responsable de su pérdida ó deterioro de la misma manera y en idénticos términos que hemos visto lo es respecto de los bienes que constituyen la dote.

Artículo 1434.—El marido no podrá ser obligado á constituír hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sinó cuando éstos le sean entregados para su administracion por escritura pública y bajo la fe de notario.

Para constituír esta hipoteca se apreciarán los bienes ó se fijará su valor por los que, con arreglo á esta ley, tienen la facultad de exigirla y de calificar su suficiencia.

ORÍGENES

Art. 180, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Segun la doctrina consignada por el Tribunal Supremo, cuando se venden los bienes parafernales por consentimiento de ambos cónyuges y entra su importe en poder del marido, quedan los bienes de éste legalmente hipotecados á la responsabilidad del valor de aquéllos, con arreglo á lo dispuesto en la ley 17, tít. XI de la Partida 4.ª (Sent. 15 Diciembre 1865).

Segun la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, la mujer casada tiene el derecho de hipoteca en los bienes del marido para la seguridad del reintegro de los bienes parafernales (Sent. 24 Setiembre 1861).

Al establecer las leyes 17 y 31, tít. XI, Partida 4.ª, el privilegio de los bienes parafernales, y señalar la época en que deben restituírse los bienes dotales, suponen que la mujer los ha entregado al marido (Sent. 29 Octubre 1864).

Segun doctrina consignada por el Tribunal Supremo, si los bienes parafernales se venden por consentimiento de ambos consortes y entra su importe en poder del marido, quedan legalmente hipotecados sus bienes á la responsabilidad del valor de aquéllos, con arreglo á lo dispuesto en la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª (Sentencia 15 Diciembre 1865).

Para que la mujer casada tenga hipoteca en los bienes de su marido por los parafernales ó extradotales, necesita justificar que los dió al marido señaladamente para que los administrase como los dotales, porque en otro caso continúa la mujer señora de ellos, conforme á la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª (Sent. 13 Junio 1873).

Ségun las leyes de Partida, para que los bienes parafernales tengan el privilegio de la dote, es necesario que la mujer los haya dado al marido señaladamente con intencion de que haya el señorío de ellos, y que conste así, sin que quede en dubdas; y por consiguiente, si no consta el hecho de que la mujer hiciera entrega señaladamente al marido de los bienes parafernales á que se refiera su demanda de preferencia de derecho por los enajenados al mismo en virtud de embargo, es claro que al absolver

de ella al ejecutante y al marido ejecutado, no se quebranta la ley partiendo de la apreciacion de prueba, contra la que no se cita ley ni doctrina legal infringida (Sent. 28 Marzo 1874).

Si bien es doctrina legal, declarada repetidamente por el Tribunal Supremo, que basta para que los bienes del marido queden obligados á la responsabilidad del valor de los parafernales que éstos se hayan vendido por consentimiento de ambos cónyuges, con tal que su importe haya entrado en poder del mismo marido, no tiene aplicacion dicha doctrina cuando no resulte debidamente acreditado que el importe de los parafernales de la recurrente que ésta y su marido vendieron de comun consentimiento, han entrado en poder del segundo (Sent. 28 Marzo 1874).

Para constituír en los bienes del marido, respecto á los parafernales, la hipoteca legal que establece la ley 17, tít. XI, Partida 4.ª, y que en virtud de ella adquiera la mujer la prelacion de su crédito sobre los acreedores del marido, es indispensable que dichos bienes hayan sido entregados á éste *señaladamente* y con intencion manifiesta y deliberada de traspasarle el dominio y administracion de los mismos (Sents. 12 Noviembre 1875 y 6 Julio 1877).

No se quebranta la doctrina sentada en varias sentencias del Tribunal Supremo referente á que cuando se enajenan con consentimiento de ambos cónyuges los bienes parafernales y entra su importe en poder del marido, quedan los bienes de éste legalmente hipotecados á la mujer, si resulta que no ha vendido el marido sinó la mujer, y no consta que éste hubiese recibido el precio de las enajenaciones, sin que las afirmaciones del marido puedan perjudicar á terceros. (En esta sentencia se desestima la preferencia entablada por la esposa.) (Sentencia 6 Julio 1877.)

COMENTARIO

Para que el marido tenga que constituír hipoteca ó responder de los bienes parafernales de su mujer, es preciso:

1.º Que ésta se los haya entregado con intencion de que miéntras durase el matrimonio tenga aquél su administracion.

2.º Que esta entrega conste por escritura pública y bajo fe de notario, sin que sea suficiente otro género de prueba, ni áun la propia confesion del marido, segun ha declarado el Tribunal Supremo.

Con arreglo á las leyes de Partida, la mujer que entregaba los bienes parafernales al marido, tenía hipoteca tácita en los bienes del mismo, pero carecía de privilegio de preferencia de que gozaba por razon de su dote. Mas hoy, con arreglo á la ley Hipotecaria, la hipoteca que se concede á la mujer por razon de los bienes parafernales cuya administracion entregó al marido bajo fe de notario, tiene la misma fuerza y confiere idénticos derechos que la constituída por los bienes dotales y por las arras y donaciones en los respectivos casos, segun hemos visto oportunamente.

Cuando los bienes parafernales entregados al marido para su administracion fueren dinero ú otras cosas muebles, la hipoteca habrá de constituírse sobre los bienes inmuebles del marido, en el modo y forma que dejamos dicho al hablar de la hipoteca dotal, y completaremos al ocuparnos de las hipotecas en general y del Registro de la propiedad.

Si los bienes entregados fueren inmuebles y estuvieren inscritos como de la propiedad de la mujer, se hará constar en el Registro la cualidad de los mismos, poniendo una nota que lo exprese así al márgen de la misma inscripcion de propiedad.

Si dichos parafernales no estuvieren inscritos á favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripcion su cualidad de parafernales.

Si los bienes parafernales hubieren sido enajenados por acuerdo de ambos cónyuges y la mujer se utilizó exclusivamente del producto de la venta, no tendrá derecho á exigir del marido el reintegro de los mismos, ni el marido podrá hacerlo en perjuicio de legítimos acreedores.

Artículo 1435.—Cuando la mujer hubiere entregado á su marido los bienes parafernales por escritura pública y bajo fé de notario, se observará lo dispuesto en los artículos 1396, 1400, 1402, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1414, 1415 y 1416 de este Código (1).

ORÍGENES

Véanse los artículos citados.

COMENTARIO

Las disposiciones de la ley Hipotecaria com-

(1) Arts. 169, 173, 175, 181, 182, 183, 184, 185, 188, 189, 190 y 191, de la ley Hipotecaria.

prendidas en los artículos citados, son del mismo modo aplicables á las dotes que á los bienes parafernales entregados al marido para su administracion por escritura pública y bajo fé de notario. No hemos de repetir, por lo mismo, lo que ya dejamos consignado en otro lugar: en él podrán ver los lectores la doctrina vigente en esta materia.

Artículo 1436. — El contrato de fianza otorgado por el marido no obliga á la mujer ni sus bienes.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Para que tenga aplicacion la ley 2.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec., es necesario que la mujer pruebe ser suyos los bienes que intente eximir de responsabilidad (Sent. 20 Junio 1865).

COMENTARIO

Mandamos, dice la ley citada, *que por fianza que el marido fiziere en qualquier manera, ó por qualquier razon, no sea obligada la muger ni sus bienes.*

Este precepto es consecuencia necesaria de la doctrina que dejamos oportunamente consignada, conforme á la cual los bienes de la mujer no responden jamas de las obligaciones personales del marido. La fianza ha sido objeto de esta disposicion especialmente, sin duda porque la fianza es un contrato que proporciona compromisos de importancia, á pesar de presentarse como sencillísimo.

La mujer, pues, no responde con sus bienes de la fianza otorgada por el marido; es más: áun cuando ella se hubiere obligado como fiadora del marido expresamente, sería nula su obligacion, como hemos dicho en el art. 129 de este Código (1), al consignar el precepto de la ley 61 de Toro, que declara que la mujer no se puede obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la mujer.

El precepto contenido en el artículo que comentamos, áun cuando esté colocado en capítulo que trata de los bienes parafernales, no se refiere únicamente á los de esta clase que pertenezcan á la mujer, sinó que tocan de idéntico modo á todos los demás que la mujer posea, ora en concepto de dote, ora de cualquier otro modo, por los que, segun hemos visto, puede la mujer adquirir y aumentar su patrimonio.

No necesitamos explicar que siendo terminante el precepto de la ley, y no haciendo ésta distincion alguna entre los bienes de una y otra calidad, toda diferencia que pretendiéramos introducir en este sentido sería opuesta á la doctrina de la ley y á las buenas reglas de interpretacion.

Con esto queda terminado lo referente á los bienes extradotales.

CAPÍTULO V

DE LAS DONACIONES «PROPTER NUPTIAS»

Artículo 1437.—El capital que los padres entregan ó prometen á los hijos varones para soportar las cargas del matrimonio, se llama donacion *propter nuptias*.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (29 de Toro).
Ley 9.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (25 de Toro).

COMENTARIO

Despues de habernos ocupado de las diversas clases de bienes que pueden entrar á formar parte del patrimonio de la mujer, hemos de decir algunas palabras de las donaciones que los hijos reciben de sus padres cuando contraen matrimonio. Son estas donaciones *prop-*

(1) Art. 129, tomo I, pág. 83.

ter nuptias á manera de dote que los padres entregan á sus hijos para con sus productos atender á las necesidades del nuevo estado.

Entre los romanos la donacion *propter nuptias* era otra cosa: así es que en las leyes de Partida, siguiendo á aquella legislacion, se describen estas donaciones como hechas por el varon á la mujer por razon de casamiento, cuya doctrina, segun se comprende desde luégo, carece de aplicacion.

Las leyes de Toro y las Recopiladas emplean esta denominacion en diverso sentido, y sirve para designar toda donacion hecha por los padres en favor de sus hijos varones, otorgadas con ocasion del matrimonio de éstos y con el fin ántes indicado.

Estas donaciones no son exigibles á los padres, en lo cual se diferencian de las dotes. Los hijos que las reciben pueden ser mejorados por ellas, en lo cual tambien se separan de los bienes dotales, que nunca pueden tener el carácter de mejoras.

En cuanto á la colacion de las donaciones *propter nuptias*, en el lugar correspondiente hemos expuesto la doctrina de la ley 29 de Toro, vigente en esta materia.

Artículo 1438.—En la constitucion y promesa de donacion *propter nuptias* se observará lo dispuesto en el art. 1381 para las dotes.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (53 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La doctrina de la ley 10, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, de que cuando dos se obligan puramente por contrato se entienda serlo cada uno por mitad, no puede tener lugar en las donaciones que hacen los cónyuges á sus hijos por causa de matrimonio; pues siendo donaciones causales y en concepto de pago anticipado de lo que por sus legítimas paterna y materna y demás pudiera corresponderles, debe suponerse que cada cónyuge se desprende sólo de la parte proporcional á su patrimonio (Sent. 8 Junio 1866).

COMENTARIO

Exponíamos en el art. 1381 la doctrina de la ley 53 de Toro, segun la cual «si el marido é la muger durante el matrimonio casaren algun fijo comun, é ambos le prometieren la dote ó donacion *propter nuptias*, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio, é si no los oviere que basten á la paga de la dicha dote y donacion *propter nuptias*, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en cualquier manera: pero si sólo durante el matrimonio dota ó hace donacion *propter nuptias* á algun fijo comun, y del tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere, y si no las oviere, que la tal dote, ó donacion *propter nuptias*, se pague de los bienes del marido, é no de la muger.»

Esta doctrina está corroborada en parte por la ley 14, tít. XX, lib. III del Fuero Real, y por la 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

La sentencia de 8 de Junio de 1866, que dejamos trascrita, parece contradecir en algun punto el precepto que comentamos, y acaso lo contradice en efecto. Por nuestra parte, nos limitamos á hacer observar que el principio y regla contenidos en la ley son absolutos, claros y terminantes, como acabamos de ver, y por lo tanto, que si la contradiccion existe entre la ley y la sentencia, optamos resueltamente por la primera. Conste, sin embargo, la existencia de la segunda á los efectos oportunos.

Cuando la donacion *propter nuptias* hubiese sido ofrecida por el padrastro y la madrastra, ó por el padre y la madrastra juntamente al entenado de ambos, ó de uno de ellos en cada caso, ¿en qué forma deberá satisfacerse? Escriche dice que no quedarán obligados con sus propios bienes el padrastro ó la madrastra, porque no tienen obligacion de alimentar á los entenados, y así podrán repetir la parte de donacion que hubieren entregado, á no ser que la hubiesen hecho con ánimo de no repetirla. No participamos de esta opinion, porque ninguna ley declara la nulidad de esta promesa, que si en algun caso puede ser considerada como consecuencia de la obligacion de dar alimentos (lo cual tampoco es admisible en absoluto) cuando se hace por un padrastro ó por un extraño, toma el carácter de una donacion simple, contra cuya fuerza de obligar no sabemos qué podrá alegarse.

Los mismos principios rigen acerca de este punto sobre las dotes y donaciones *propter nuptias*; ¿y quién ha negado que el padrastro y la madrastra, ó un extraño, puedan prometer válidamente una dote á un entenado, quedando real y positivamente obligados á entregarla?

CAPÍTULO VI

DE LA SOCIEDAD LEGAL

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1439.—Entre marido y mujer hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias ó beneficios obtenidos durante el matrimonio.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, lib. III, Fuero Real.
Ley 205 del Estilo.
Leyes 1.ª y 3.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Es indispensable que preceda la liquidacion de todo el caudal, para saber si ha habido gananciales en una sociedad conyugal (Sents. 22 Octubre 1857 y 14 Octubre 1865).

No puede admitirse que ha precedido la debida liquidacion del caudal social cuando se ha denegado á uno de los socios el abono de una suma comprobada por escritura pública, contra la cual ni las partes ni la Sala sentenciadora han dicho nada que revele dudar de su autenticidad y contenido (Sent. 14 Octubre 1865).

Las leyes 1.ª y 4.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., al declarar los bienes que deben considerarse gananciales, se refieren á la época de la disolucion del matrimonio por muerte ó divorcio, como la única en que procede hacer liquidacion de ellos de los peculiares á cada uno de los cónyuges (Sents. 4 Marzo 1867 y 19 Abril 1870).

No se infringe la doctrina que se desprende de las leyes 1.ª y 2.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., de que, disuelta la sociedad conyugal, se necesita una liquidacion para saber cuáles bienes son comunes, y cuáles los correspondientes á cada cónyuge, cuando la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas presentadas, estima que ciertos bienes pertenecen á los herederos del cónyuge premuerto (Sent. 23 Noviembre 1870).

Para determinar la calidad y cuantía de los bienes gananciales, y por lo tanto el derecho que en su mitad corresponde á cada uno de los cónyuges, es preciso resulte un sobrante despues de cubiertas todas las obligaciones: y esto no puede tener lugar sinó á la disolucion de la sociedad conyugal, ya natural, ya legalmente (Sents. 11 Febrero 1870 y 29 Diciembre 1873).

COMENTARIO

Toda cosa que el marido y mujer ganaren ó compraren estando de consuno, ayanlo ambos de por medio: y si fuere donadio del Rey ó de otri, y lo diese á ambos, ayanlo marido y muger, dice la ley del Fuero, fuente y orígen, podemos decir, de la sociedad legal entre cónyuges.

La sociedad entre cónyuges no es igual á la sociedad comun del derecho civil, ántes al contrario, las separan diferencias esencialísimas. Gutierrez, tomándolas de Febrero, expone las siguientes diferencias: 1.ª La sociedad convencional, formada con una idea de especulacion, busca sólo beneficios, y cuando no los haya, disminuir las perdidas: la legal, fortalecida por el cariño, une á los cónyuges para cumplir mejor las cargas y atenciones de su estado. 2.ª En una sociedad que no tiene por fin principal el lucro, las utilidades no se prorratean, se parten; y este resultado, el que más armonía guar-

da con los deberes conyugales, constituye una nueva diferencia. 3.ª Como la comunidad de productos en los bienes aportados al matrimonio no confunde la propiedad, y todo lo administra y de todo parece dueño el marido, no se opone á este régimen que cada cual conserve su dominio exclusivo; sin ser una injusticia, es una excepcion el que la mujer no comprometa su dote, miéntras el marido puede perder su capital. 4.ª Para eso, miéntras la sociedad subsiste, hay desigualdad de derechos: en rigor ninguno tiene la mujer, al paso que el marido, cual si fuera señor absoluto, no debe á nadie cuenta de sus actos, sinó en el único caso que se le pruebe la intencion manifiesta de defraudar las justas esperanzas de su consocia. 5.ª Quedan fuera de comunidad los bienes adquiridos por título lucrativo; y aunque bajo este aspecto se asemeje á la sociedad general ó de ganancias, se distingue de ella en que tambien se comunican los bienes adquiridos por título oneroso. 6.ª y última. En una sociedad tal como nosotros la conocemos, obra exclusiva de la ley, se aceptan, pero no se estipulan las bases; de modo que tiene las suyas particulares en cuanto á las causas de su disolucion y el modo de liquidar y distribuir las ganancias.

Mucho se ha discutido, especialmente en Francia, sobre las ventajas é inconvenientes del sistema de gananciales, ó sea la sociedad legal entre cónyuges. Nosotros, sin entrar en la apreciacion de todos los argumentos que en pro y en contra se han hecho, entendemos que el régimen de gananciales, en la manera que se conserva en nuestras leyes, perfectamente armonizado con el sistema dotal, es el más conforme con nuestras costumbres, sin que por esto prejuzguemos en contra algunas reformas propuestas por diversos autores.

Las palabras *estando de consuno* que se leen en la ley del Fuero indican, segun la interpretacion más generalmente admitida, tanto como «durante el matrimonio,» salvo en los casos en que las leyes, á pesar de existir el matrimonio, suspenden los efectos de la sociedad conyugal. Aunque en rigor una y otra frase no deben usarse como sinónimas, puesto que lo adquirido despues del divorcio lo es durante el matrimonio, porque éste no se ha disuelto, y no lo es estando de consuno, puesto que existe la separacion *quoad thorum et habitationem*, hemos creído que podíamos usar la segunda de las frases en el artículo, porque hallándose consignado en otros artículos que el divorcio suspende los efectos de la sociedad legal entre los cónyuges, no hay posibilidad de que el lector se vea inducido á error. Miéntras dure, pues, el matrimonio, existe la sociedad legal ó de gananciales, á no disponerse otra cosa por las leyes para casos especiales. Por lo tanto, la separacion convencional de los cónyuges no produce efecto de suspender dicha sociedad.

Artículo 1440.—Cuando la mujer renunciare las ganancias de la sociedad legal, no estará obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraído durante el matrimonio.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (60 de Toro).

JURISPRUDENCIA

No es válido el convenio celebrado durante el matrimonio, en que el marido y la mujer se adjudican en dominio los bienes de la sociedad conyugal (Sent. 11 Enero 1859).

Segun la ley 60 de Toro, que es la 9.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., para que la mujer no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiese contraído durante el matrimonio, es necesario que anticipadamente haya renunciado los bienes gananciales (Sentencia 18 Octubre 1861).

COMENTARIO

Lo dispuesto en esta ley sirve de base para contestar á esta pregunta: ¿puede renunciarse la sociedad legal? Escriche coloca el caso de renuncia entre los que hacen cesar la sociedad de gananciales.

Sin embargo, renunciadas las ganancias por la mujer, el marido no pierde el derecho que tenía sobre los frutos de los bienes de su mujer, ántes al contrario, los adquiere todos.

La primera duda á que ha dado lugar la ley que comentamos, y que casi con las mismas palabras forma nuestro artículo, es la siguiente: ¿en qué época puede la mujer renunciar los gananciales?

Que la renuncia puede hacerse ántes de que se celebre el matrimonio, es cosa admitida por todos los autores, bien que difieren en cuanto á los efectos de la renuncia. Así es que Matienzo advierte que así como en este caso la mujer

no puede lucrar los frutos de los bienes del marido, tampoco ha de poder éste lucrar los frutos de los bienes de la mujer, puesto que, añade, «si en virtud de la tácita sociedad contraida entre los casados se hacen comunes los frutos, disuelta esta sociedad, ó no contraida desde el principio por razon de la renuncia, debe cesar la comunicacion de frutos como efecto de la sociedad, que es su causa.» A este argumento contesta Llamas que la mujer por la renuncia únicamente hace dimision del derecho que le competia á participar de los gananciales, concediéndoselos por entero á su marido, sin eximirle por este medio en manera alguna de contribuir á sostener las cargas del matrimonio con los frutos de sus bienes, no debiendo la mujer pretender otra exencion, en virtud de su renuncia, que el no quedar obligada á satisfacer las deudas contraidas en el matrimonio.

¿Puede hacerse la renuncia durante el matrimonio? Este punto ha ofrecido á los autores mayores dificultades, á causa de que la ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª, prohibió las donaciones entre cónyuges. Así es que Gregorio Lopez, apoyado en esta razon, resuelve que en tal caso la mujer no puede renunciar las ganancias, puesto que habiendo adquirido la mujer *ipso jure* el dominio de su parte de gananciales, resultaría una verdadera donacion *inter virum et uxorem*. Del mismo modo se expresa Molina.

Llamas, oponiéndose á esta solucion, dice «que la mujer durante el matrimonio sólo tenga el dominio revocablemente, lo persuade el ver que el marido conserva la administracion y libre disposicion para enajenar sin consentimiento de su mujer, con tal que no lo haga en fraude de la misma.»

Gomez, Matienzo, Acevedo y otros expresan que el dominio de la mujer en los bienes gananciales es ficto y revocable, de lo cual deducen que puede renunciar y no adquirir dicha mitad de gananciales, así como puede renunciar y no adquirir la herencia ó legado que *ipso jure* se le defiere á alguno sin adicion, conforme á la ley de Partida, que autoriza á un cónyuge para renunciar la herencia ó legado, á fin de que pase á su consorte, que es llamado en su defecto, lo mismo que todas aquellas donaciones y renuncias por las cuales el donatario se hace más rico sin que el donante se haga más pobre.

El Sr. Gutierrez, apartándose del camino seguido por estos autores, dice muy fundadamente: «Porque la mujer no pueda hacer donaciones, ¿le ha de estar prohibido renunciar á los gananciales? ¿Tiene una cosa que ver con otra? Lo que una ley veda, ¿no ha de poder autorizarlo otra? ¿No es la ley de Toro posterior?» Y sobre todo, añadimos nosotros, ¿no es una ley nacional la que permite por la generalidad de sus términos lo mismo que prohibe una que al fin y al cabo es meramente supletoria?

En cuanto á la renuncia hecha cuando el matrimonio se haya disuelto, no cabe duda, segun expresa Acevedo, que sea válida, é igualmente lo seria aun en el caso de que la mujer hiciere la renuncia al tiempo de su muerte, viviendo el marido, porque aun cuando quiera suponerse donacion *inter virum et uxorem*, se confirma ésta por la muerte del donante.

Presentan los autores otra duda acerca de esta ley, y es, si será válida la renuncia de gananciales hecha en perjuicio de la legítima de los descendientes ó ascendientes en su caso, así como en daño de los acreedores. Olea (título II, cuest. 3.ª, núm. 22), resuelve la duda en sentido negativo, y lo mismo entiende el P. Sanchez (1), si bien éste lo limita al caso en que se renuncien los gananciales ya adquiridos, porque entónces debe entenderse que hay un verdadero fraude, pero no en el caso en que la renuncia sea de la mitad de gananciales que espera tener, pues de este modo la renuncia no supone fraude y será válida.

En el mismo sentido parece inclinarse el señor Gutierrez, quien expresa que bien merecen este respeto los derechos de los herederos forzosos, y añade: «Si otro modo no existe de conciliar los derechos hereditarios con la observancia de la ley, no tenemos inconveniente en afirmar que la renuncia de los gananciales, como cualquier otra donacion, está sujeta á reserva.»

Por último, el proyecto de Código en sus artículos 831 y 1312 garantiza suficientemente el derecho de los acreedores en el caso de esta renuncia. Su doctrina, sin embargo, no está vigente, ni en nuestro Derecho hay nada semejante al citado art. 831 del proyecto de Código.

(1) *De Matrimonio*, lib. VI, disp. 5.ª

SECCION SEGUNDA

DE LOS BIENES GANANCIALES

Artículo 1441.—Son bienes gananciales:

1.° Todos los que el marido y la mujer adquieren por título oneroso durante el matrimonio (*a*).

2.° Los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos, salvo los castrenses no adquiridos á costa de ambos (*b*).

3.° El valor de las mejoras que se hicieren en los bienes gananciales ó en los propios de cada cónyuge (*c*).

4.° Los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes, ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 1.ª, tít. IV, líb. X, Nov., Rec.
(*b*) Ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov., Rec.
(*c*) Leyes 3.ª y 9.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
(*d*) Ley 3.ª, tít. III, lib. III, Fuero Real. Leyes 3.ª y 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1401, Código Francia.—2371 Luisiana.—1084 Vaud.—Leyes 7.ª hasta la 13, y 71, párr. 1.°, tít. II, lib. XVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Los bienes adquiridos por título de compra durante el matrimonio deben reputarse gananciales (Sent. 22 Setiembre 1859).

Aun cuando la ley reputa propios del marido durante el matrimonio los productos de la dote, es en el concepto de haber de sostener con ellos las cargas de la sociedad conyugal, entre las cuales no pueden comprenderse las deudas contraidas solamente por el marido (Sent. 27 Setiembre 1859).

Los frutos y rentas del haber hereditario de una mujer casada no son suyos exclusivamente, sinó que pertenecen á la sociedad conyugal, aunque aquél esté sujeto al juicio de testamentaría (Sent. 28 Marzo 1860).

Si bien las leyes 1.ª y 4.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., fijan lo que jurídicamente debe entenderse por bienes gananciales, no tiene, sin embargo, aplicacion alguna al decidir la cuestion de si unos bienes existian ó no en la sociedad conyugal al tiempo de disolverse ésta; cuestion que por ser de puro hecho depende exclusivamente de la prueba (Sent. 14 Noviembre 1864).

En conformidad á la ley 1.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., son bienes gananciales los adquiridos por el marido y la mujer por un título comun lucrativo ú oneroso, durante el matrimonio y miéntras vivan juntos, ó, como dice la ley, *toda cosa que el marido y la mujer ganaren estando de consuno* (Sent. 1.° Diciembre 1865).

Los frutos y rentas de los bienes que la mujer aporta al matrimonio son durante él para atender á sus cargos y necesidades, debiendo reputarse como tal el sostenimiento en juicio de un derecho, por el interés que de ellos reportan ambos cónyuges (Sent. 23 Abril 1866).

Es doctrina legal, admitida por la jurisprudencia, que los derechos que sobre los frutos ó rentas de los bienes dotales y parafernales concede la ley al marido, como jefe de la familia y administrador de la sociedad conyugal, se entienden subordinados á la preferente obligacion de atender con ellos á las cargas del matrimonio (Sent. 1.° Marzo 1867).

Entre éstas no se comprende la obligacion propia del marido de mantener un hijo natural (Sent. id. id).

La cantidad entregada á una mujer casada, no en concepto de donacion, sinó como soldada ó retribucion del servicio personal que prestaba, forma parte de los bienes gananciales adquiridos *de consuno* entre marido y mujer, de los que aquél puede disponer libremente para

levantar las cargas del matrimonio, sin que ésta tenga derecho á percibir más que la mitad de lo sobrante despues de cubiertas aquellas atenciones (Sent. 1.° Febrero 1876).

Los frutos de los bienes pertenecientes á cualquiera de los cónyuges son de ambos y han de haberlos de consuno, segun las leyes 3.ª y 5.ª, título IV, lib. X, Nov. Rec., y su administracion corresponde al marido como jefe de la familia y representante legal de la sociedad conyugal; debiendo, en su consecuencia, percibirlos y aplicarlos á levantar sus cargas (Sent. 29 Enero 1877).

Si en un contrato firmado por una mujer casada, con su madre, resolvieron sus respectivos derechos sobre los bienes que dejó al morir el padre de ella, marido de ésta, y entre otras cosas convinieron que la madre tendría el usufructo y administracion de estos bienes y contribuiría con una pension á su hija, esta renta ó pension no puede ménos de considerarse como compensacion ó equivalencia de los frutos de la legítima paterna. La Sala sentenciadora, al calificar de bienes parafernales la renta ó pension de que se trata, y negar en su virtud al marido de la hija el derecho á percibirla, infringe las leyes 3.ª y 5.ª, tít, IV, lib. X, Novísima Recopilacion, y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en consonancia con las mismas (Sent. 29 Enero 1877).

COMENTARIO

«Toda cosa que el marido y muger ganaren ó compraren estando de consuno, hayanlo ambos de por medio,» dice la ley á que se refiere el núm. 1.° de nuestro artículo. Para mayor claridad de la doctrina contenida en el mismo determinaremos algunos bienes que se hallan incluídos ó excluídos en su precepto.

En general, todo aquello que se ha adquirido por título oneroso pertenece á la sociedad de gananciales, así como lo adquirido por donacion, herencia, legado y en general todo lo que tiene por orígen un título gratuito ó lucrativo pertenece privativamente á aquél que lo adquirió.

Aunque los contratos se hallan comprendidos entre los títulos onerosos de adquirir, esta regla tiene algunas excepciones. Así, por ejemplo, sucede con el retracto gentilicio: la finca adquirida en virtud de este derecho ó facultad será del patrimonio del retrayente, bien que el precio abonado por la finca se considera como ganancial. Lo adquirido por permuta conserva el mismo carácter de patrimonial que tenía la cosa por que se permutó, áun cuando se haya abonado ademas alguna cantidad en dinero, en cuyo caso esta suma será la que adquiera la condicion de ganancial.

Las ganancias hechas en el juego se estiman como gananciales, aunque el juego sea de los prohibidos y torpes.

Los demas bienes que se enumeran en los párrafos 2.°, 3.° y 4.° del artículo que comentamos tienen tambien la consideracion de gananciales, bien que con algunas modificaciones que exponemos en los artículos siguientes, completando de este modo la doctrina en actual observancia sobre puntos de tanta importancia.

Dijimos en el art. 1391 que los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio en forma legal por permuta con otros bienes de la dote ó por compra hecha con dinero dotal, prévio consentimiento de la mujer, adquieren la condicion de dotales, á no ser que la mujer, en éste último caso, prefiera el dinero. Este principio no ha parecido á los autores tan claro como á primera vista parece desprenderse de la lectura de las dos leyes que le sirven de orígen legal. Así es que han suscitado la siguiente duda: «Lo comprado con dinero de uno de los cónyuges, ¿es ganancial?»

Con arreglo al Derecho romano, era indudable que lo adquirido á título de compra con bienes de la dote no tomaba el carácter de dotal.

Dentro de nuestro Derecho, los autores se han dividido en sus opiniones, sustentándose por unos, como Matienzo, Sala y Febrero, que los bienes comprados con dinero del varon son comunes, es decir, que estos bienes se comunican, pero que al hacerse la division se deducirá en favor del varon, ó de la mujer en su caso, el precio como capital.

En contrario resuelven la duda Rodrigo Suarez, Viso y La Serna, sosteniendo que la finca comprada durante el matrimonio pertenece al cónyuge cuyo era el dinero.

Por último, el Sr. Gutierrez expone que si el capital fuese de la mujer y con consentimiento de ella se hiciese la compra de la finca, sería suya, con arreglo á la ley de Partida (49, tít. V, Partida 5.ª) que dice: «La casa vendida debe ser de aquel que fizo la compra, fueras ende... si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella fiziesse la compra... la gana el señorio della, cuyos eran

los dineros;» porque realmente hay una subrogacion, lo mismo que la hay en el caso resuelto por la del Fuero (11, tít. IV, lib. III, Fuero Real). Cuando nada se hubiera convenido,—añade el mismo autor,—si el marido comprase con dinero de la mujer una finca, no la adquiriría para ninguno de los dos, sinó para la sociedad.

Por nuestra parte, solamente hemos de decir que en el art. 1391 nos limitamos á consignar el precepto establecido en la ley del Fuero y en la de Partidas referentes á bienes dotales. Por razon de analogía parece que la misma regla debe observarse cuando se trate de bienes adquiridos por el marido con dinero suyo. Conste, sin embargo, la divergencia de opiniones, y téngase en cuenta, para optar por cualquiera de ellas, lo que disponen las leyes citadas.

Artículo 1442.—En los pueblos donde se halla en observancia el fuero llamado de Baylío, se reputarán gananciales todos los bienes que los casados lleven al matrimonio, y los que en adelante adquirieran por cualquier título oneroso ó lucrativo.

ORÍGENES

Ley 12, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Apruebo, dice la ley 12, *la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido á la villa de Alburquerque por Alfonso Tellez... conforme al cual todos los bienes que los casados lleven al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á particion como gananciales. Los Tribunales se arreglarán á él para la decision de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, y demas pueblos donde se ha observado hasta ahora, sin perjuicio de providenciar...* etc., etc.

La duda principal á que puede dar lugar esta ley es la de si estarán sujetos tambien á comunicacion y particion como gananciales, los bienes que los casados en las ciudades y pueblos donde se guarda el fuero de Baylío posean en diversos pueblos ó provincias donde dicho fuero no se halle en observancia.

En sentir del Sr. Gutierrez, deben extenderse los efectos de este fuero á los bienes sitos en lugar donde no se observe. «La sociedad,—dice,—nacida para el matrimonio, es ley general que altera la naturaleza de todos los bienes: los vecinos de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, y demas pueblos sujetos al fuero, se casan comunicando sus bienes de cualquiera clase. La ley, entendida de otra suerte, sería inútil, pues si la sociedad dependiese de la situacion de las fincas, con cambiar de fortuna, la sociedad estaba modificada, y podria hasta desaparecer.»

Haremos notar únicamente que el llamado Estatuto Real, que ha servido para resolver los conflictos ó dificultades que se han presentado en puntos como éste, en que se trata del valor extraterritorial de las leyes, se opone á la solucion de que se muestra partidario el ilustrado autor á que nos hemos referido. El fallo del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1868 que cita, nada dice, en nuestro concepto, que pueda servir de apoyo á aquella doctrina; ántes por el contrario, de otras decisiones de aquel Tribunal pudieran deducirse consecuencias opuestas.

Por nuestra parte, sin embargo, ni acogemos ni rechazamos terminantemente ninguna de ambas soluciones.

Artículo 1443.—Los productos y rendimientos de la profesion, oficio ó bienes castrenses, son gananciales; pero no lo es la propiedad de los mismos oficios, cargos ó bienes, á ménos que hayan sido adquiridos durante el matrimonio á costa de ambos cónyuges.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Los frutos de los bienes pertenecientes á cada cónyuge son gananciales. Esto ya lo dejamos dicho en el párr. 4.° del art. 1441, tomándolo de la ley 3.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., que dice: «Maguer que el marido no aya más que la muger, ó la muger más que el marido, quier en eredad, quier en muebles, *los frutos sean comunes de ambos á dos*; y la eredad y las otras cosas do vienen los frutos, hayanlas el marido ó la muger, cuyas eran antes, ó sus erederos.»

En la ley 5.ª, que se contiene en el presente

artículo, se amplía la doctrina de la ley 3.ª, y así se dispone que tengan el carácter de gananciales todos los frutos y rendimientos, así de los bienes comunes como de los castrenses, conservando, sin embargo, unos y otros bienes su carácter de privativos de cada cónyuge. Son tambien gananciales los frutos ó rendimientos de la profesion y oficio de los casados, *aunque sean de los que el derecho hubo por casi castrenses*, y lo mismo sucede con los rendimientos de los bienes y oficios castrenses.

Las únicas dificultades á que ha dado lugar esta parte de la ley, provienen de la diversa interpretacion que se ha dado á las palabras *castrense, oficios y donadíos*, empleadas por aquélla.

¿Son gananciales los sueldos de los militares? Gomez entiende que no, pues los llama bienes castrenses; pero no establece la misma regla para los cuasi-castrenses.

En contra de esta opinion, dice Gutierrez: «Las leyes exceptúan los bienes castrenses; pero ¿hablan de los sueldos? ¿De los que provengan de salario y del estipendo militar? No lo creemos: ni ántes ni ahora las leyes han podido conceder á los militares semejante privilegio: se refieren á las adquisiciones extraordinarias, remuneraciones, premios, y éstos no son exclusivos de aquella clase: como ellos, y áun con mejores títulos, pueden merecerlos otros que tambien prestan sus servicios al Estado.»

Suscribimos á esta opinion, que entendemos ser la que prevalece en la práctica.

Artículo 1444.—Los frutos de tierras y sembrados, áun cuando no aparecieren al tiempo de disolverse la sociedad, serán gananciales, y se dividirán por mitad entre los cónyuges ó entre el superviviente y los herederos del muerto.

Lo mismo se observará con los frutos de árboles y viñas que estuvieren pendientes en aquella fecha: mas si no hubieren aparecido, corresponderán al dueño de la heredad, con obligacion de resarcir los gastos de cultivo.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Todos los frutos que rindan los bienes que pertenezcan privativamente á los cónyuges son gananciales ó comunes. Esta regla no ofrece dificultad cuando se trata de bienes que nacieron, se recogieron y guardaron ó gastaron durante el matrimonio. Pero como los frutos no se rinden de una vez, sinó que siguen en su nacimiento y desarrollo una marcha paulatina y lenta, de tal manera que es difícil señalar por la naturaleza desde qué momento comienzan á ser verdaderamente frutos, y por consiguiente desde cuándo son gananciales, ha sido preciso que la ley acuda á señalar este punto de partida desde el cual se considera el fruto existente, y por lo tanto comun.

Con sólo tener en cuenta que el gérmen del fruto se muestra en la planta desde cierto tiempo, en el cual no puede llamarse aún fruto ni en el sentido vulgar de la palabra, ni mucho ménos en su significacion jurídica, se echa de ver la necesidad de una regla que determine con precision la existencia legal del fruto.

La ley 10 citada, dice: «Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriese el marido, ó muriese la muger, establescemos que si los frutos parescen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo y los herederos del muerto: é si no aparecen, aya los frutos cuya fuere la rayz, é dé las misiones que fueren fechas en la labor al que la labró: é esto sea si la labor fuere viña é árboles: ca si fuere tierra é fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártese por medio quanto ende hubiere,» etc.

El proyecto de Código propone en su artículo 1323 una regla diversa, y dice: «Serán gananciales los frutos del matrimonio pendientes al tiempo de disolverse la sociedad, y se proratearán dividiéndolos entre todos los dias del año, y aplicando á la sociedad lo correspondiente á los dias que la misma sociedad hubiese durado en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion del matrimonio.» Y lo mismo establece el 1571 francés. Tal es el sentido en que se ha iniciado la reforma.

Artículo 1445.—No se considerarán gananciales los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges en virtud de donacion, herencia ú otro cualquier título lucrativo.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. III, lib. III, Fuero Real.
Leyes 2.ª, 4.ª y 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre ó de madre, ó de otro propincuo ó de donadio de señor, ó de pariente ó amigo..., dice la ley 2.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., *háyalo todo lo que ganase por suyo*; cuya doctrina se halla confirmada en las demas leyes que dejamos citadas.

Los títulos lucrativos dan un carácter tan personalísimo á las adquisiciones hechas en su virtud, que la ley no ha podido hacer de ellos partícipes á los dos cónyuges cuando uno sólo era el adquirente.

Del mismo modo, segun hemos dicho anteriormente, no se comunicarán sinó que se harán privativos del cónyuge que los adquiera, los bienes llamados castrenses, á no ser que éstos se hayan adquirido á costa de ambos *en muerte sin soldada, á costa de sí y de su mujer.*

El precepto de este artículo no precisa más minuciosa explicacion.

Artículo 1446.—Las mejoras y construcciones hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges pertenecerán á aquél de ellos cuyo fuera el suelo: pero deberá abonar al otro cónyuge la mitad del importe de lo mejorado ó construído.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 9.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El proyecto de Código dispone lo contrario. «Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad ó por la industria del marido ó de la mujer, son gananciales.—Lo serán tambien los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenecía.» Este segundo párrafo es, segun expresa Goyena, contrario á todos los Códigos, al principio adoptado por todos ellos *in ædificata solo cedunt*, á las leyes del Fuero y á la práctica, y sólo se introdujo en el proyecto como medio de promover la edificacion, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones; móvil al cual no deben sacrificarse los principios de derecho consignados en las leyes civiles.

Nuestra ley del Fuero, como se ve, sigue un camino diverso. «Quando el marido é la muger, dice, ponen viña en tierra que sea de cualquier de ellos é muriere el uno dellos cuya fuere la tierra, tome el terradgo, segund ponen otras viñas en aquel logar: y el vino pártanlo con los fijos del muerto ó con sus herederos, si fijos no hubiere: é esto mismo sea de otras labores qualesquier que se fizieren en el solar del uno dellos.» (Ley 3.ª)

La ley 9.ª completa la doctrina y añade: «Si el marido ó la muger fazen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno de ellos, cuya fuere la rayz, dé la meytad del apreciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la rayz con las cosas; é si cuya fuere la rayz muriere ante, otrosi los que heredasen en su buena den la meytad de la apreciadura assi como dicho es. E otrosi mandamos que esto mismo sea de los molinos, é de los fornos.»

Tales son las leyes, que, á pesar de su claridad, han motivado alguna confusion. Ayora, por ejemplo, supone que la ley 3.ª y la 9.ª consignan principios diferentes, y que cuando se haya plantado viña en tierra de uno de los cónyuges, aquel cuya es la tierra llevará la estimacion de lo que podía valer la misma al tiempo en que se plantó, y la viña se partirá entre marido y mujer: pero cuando se edificó casa, horno ó molino en tierra de uno, éste cuya es la tierra quedará con lo edificado en ella, abonándose al otro la mitad de la mejora.

Esta opinion de Ayora nos parece insostenible, y se halla contradicha por Sala y Febrero, quienes interpretan aquellas leyes de la manera que nosotros: esto es, en la forma que dejamos consignada en el artículo. En efecto, dice Gutierrez: «¿Puede ser dudoso que corresponde (la viña) al dueño del suelo cuando declara que aquel cuya fuere la tierra plantada de viña tome el terradgo?»

Admitido, pues, que el dueño del suelo adquiere lo construído ó mejorado, ¿qué deberá restituír en concepto de ganancial? Ayora, fundandose en las palabras de la ley, *la mitad de la apreciadura cuanto asmaren que cuesta la hechura*, entiende que ha de pagarse, no la mitad

de lo que valen los edificios, sinó la mitad de lo que se gastó en ellos. Esta interpretacion parece la estrictamente legal. Gutierrez, sin embargo dice que la ley se ha explicado de una manera estrecha; la mejora—añade—vale más, importa más que lo gastado en producirla: la sentencia que adjudicase la mitad de la mejora, y no los gastos, salvo superior dictámen, no nos pareceria injusta.

Artículo 1447.—Se reputarán gananciales todos los bienes del matrimonio, miéntras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

ORÍGENES

Ley 203 del Estilo.
Ley 4.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1402, Cód. Francia.—220 Holanda.—1088 Vaud.—2374 Luisiana.—En parte con 1437 y 1445 Italia.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 4.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., «los bienes que han marido y muger son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente;» siendo esta justificacion un hecho sujeto á prueba, y estimada por la Sala sentenciadora la practicada sin que contra esa apreciacion se haya alegado alguna infraccion de ley ó doctrina legal, la sentencia que determina qué bienes eran de uno de los cónyuges y cuáles otros deben reputarse gananciales, no infringe la expresada ley 4.ª (Sent. 28 Enero 1866).

Al disponer la ley 4.ª, tít. IV, lib. X, Novísima Rec., que los bienes que han marido y mujer sean de ambos por mitad, exceptúa de esta regla los que probare cada uno que son *suyos apartadamente*: y la apreciacion de esta prueba, como relativa á cuestiones de hecho corresponde á la Sala sentenciadora (Sents. 21 Setiembre 1867 y 7 Mayo 1868).

Si bien la ley 4.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., prescribe que se reputen como bienes gananciales en la sociedad conyugal los que señaladamente no se justifique pertenecer á uno de los cónyuges individualmente, semejante calificacion no es dado determinarla con exactitud ántes de practicarse el inventario y division de la herencia, de cuyo resultado ha de desprenderse la naturaleza, cuantía y procedencia de los mismos bienes (Sent. 29 Diciembre 1873).

Sin esta previa liquidacion no se adquiere ni es trasmisible el derecho hereditario, pues que se carece de título bastante á determinar el dominio sobre la cosa ó heredad que se pretenda trasferir á un tercero; circunstancias que colocan al vendedor en la disposicion á que se refiere la ley 19, tít. V, Partida 5.ª, que trata de la enajenacion de ajenas pertenencias (Sent. 29 Diciembre 1873).

Segun las leyes 2.ª y 4.ª, tít. IV, lib. X, Novísima Rec., los bienes de los cónyuges se presumen comunes miéntras no se pruebe lo contrario (Sent. 29 Enero 1874).

COMENTARIO

La ley de Partidas habia dicho que toda cosa que hallasen en el matrimonio debía suponerse que era de los bienes del marido, *hasta que ella mostrare lo contrario*. Esta presuncion no era realmente fundada ni justa, como tampoco lo sería la de considerar propios de la mujer todos los bienes, miéntras no hubiere prueba en contra.

La ley recopilada resuelve la cuestion más equitativamente, pues segun ella, *los bienes que han marido y mujer son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente*; esto es, que cada cónyuge se tendrá por dueño de aquello que justifique pertenecerle, y allí donde falte prueba suficiente se considerarán como gananciales y se partirán por mitad en la forma ordinaria.

SECCION TERCERA

DE LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD LEGAL

Artículo 1448.—Son cargo de la sociedad conyugal:

1.° Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y tambien las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligar á la sociedad (*a*).

2.° El mantenimiento de la familia, educacion de los hijos y las demás obligaciones que pesan sobre el marido durante el matrimonio (*b*).

3.° Las dotes y donaciones *propter nuptias* dadas ó prometidas á los hijos por ambos cónyuges, ó solamente por el marido durante el matrimonio (*c*).

ORÍGENES

a) Ley 14, tít. XX, lib. III, Fuero Real.
Ley 207 del Estilo.
Ley 9.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (60 de Toro).
Arts. 50, 51 y 53, ley Matrimonio civil.

b) Ley 3.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 2.ª y 4.ª, tít. XIX, Partida 4.ª
Art. 63, ley Matrimonio civil.

c) Ley IV, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Los bienes gananciales están preferentemente obligados al pago de las deudas contraídas durante el matrimonio (Sent. 22 Setiembre 1859).

Entre las cargas de la sociedad conyugal no se comprende la de mantener un hijo natural del marido (Sent. 1.° Marzo 1867).

Todos los bienes de la sociedad conyugal se hallan inmediatamente afectos al cumplimiento de las obligaciones y cargas contraídas en beneficio de la misma, ya lo hubiesen sido mancomunadamente, ó por sólo el marido como legítimo administrador, y miéntras no se justifique intervino ánimo doloso en ello (Sent. 11 Febrero 1870).

COMENTARIO

La doctrina de este artículo está sobradamente repetida en los artículos que preceden.

En ellos hemos dicho el objeto de las dotes y donaciones *propter nuptias*, cual es el sostenimiento de la nueva familia, los gastos todos que se ocasionan con el nuevo estado, el mantenimiento de los esposos y de la prole, la educacion y dotacion de ésta, etc., etc.

Con arreglo al proyecto de Código, se considera tambien como carga de la sociedad conyugal el mantenimiento de los hijos legítimos de uno de los cónyuges. Nuestras leyes nada dicen sobre este particular.

En cuanto á las cargas puramente personales de los esposos, como el mantenimiento y educacion de un hijo natural, no pueden gravar sobre la sociedad legal, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo.

El proyecto de Código establece que lo perdido en juego lícito por el marido, y no satisfecho, es cargo de la sociedad legal, y que lo perdido y satisfecho durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquiera clase de juego, no disminuye su parte de gananciales. Aunque carecemos de ley expresa sobre la materia, entienden en general los autores que lo perdido ó disipado por el marido cede en daño de la sociedad, y suele no hacerse mérito de ello, por evitar discordias y litigios más perniciosos que los mismos vicios que fueron causa de ellos: de lo contrario, dice Goyena, se abriría la puerta á escándalos é investigaciones odiosas, que turbarían la paz de los vivos y mancillarían la opinion de los muertos, áun inocentes.

Artículo 1449.—Las penas pecuniarias impuestas á uno de los cónyuges serán de cargo exclusivo del mismo, y no deberá satisfacerlas el cónyuge inocente con sus bienes, ni con la mitad que le pertenezca de los gananciales que existan al dictarse la sentencia condenatoria.

ORÍGENES

Leyes 10 y 11, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (77 y 78 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1424 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

Lo dispuesto en la ley 10, tít. IV, lib. X, no se opone al cumplimiento de las obligaciones contraidas por el marido en virtud de los delitos que cometa, ya se hagan efectivos en los bienes aportados al matrimonio por el mismo marido, ya de los adquiridos durante el consorcio, pues éstos le corresponden en pleno dominio hasta que llega el caso de disolucion del matrimonio, única época en que, segun las leyes 1.ª, 4.ª y 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., procede hacer la liquidacion de los bienes gananciales y de los peculiares á cada uno de los cónyuges. Aquélla se refiere á los casos en que procedia la pena de confiscacion de bienes, que ya no existe (Sent. 4 Marzo 1867).

La ley 10, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., establece el principio de que las condenaciones pecuniarias que por causa de delito se impongan á uno de los cónyuges son de cargo exclusivo del mismo, sin que la responsabilidad de ellas pueda extenderse á los bienes propios del otro, ni á la mitad que á éste pertenece en los gananciales, ó sea en los adquiridos por la sociedad conyugal, hasta el momento de dictarse la sentencia condenatoria.

Para la aplicacion práctica del indicado principio relativamente á los bienes gananciales, es indispensable que se demuestre la existencia de éstos, lo cual, segun la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, no puede verificarse sinó por medio de la liquidacion de todo el caudal de la sociedad conyugal, cuando ésta cese, ya por causa de divorcio, ya por muerte de alguno de los cónyuges, ya por interdiccion civil del marido, puesto que hasta entónces éste es el administrador exclusivo de aquel caudal y puede satisfacer con el mismo las condenaciones pecuniarias que se le impongan, sin perjuicio de que la mujer sea oportuna y cumplidamente indemnizada para sacar á salvo, con arreglo á la mencionada ley, su mitad íntegra de los gananciales que realmente existan al dictarse la sentencia condenatoria de su marido (Sentencias 7 Febrero 1870 y 8 Mayo 1873).

COMENTARIO

Afirma Santo Tomás (1) que en algun caso es lícito que una pena recaiga sobre uno que no haya cometido culpa, con tal que exista causa, y pone, entre otros ejemplos, el de que los bienes de uno dependan del bien de otro, como cuando por el crímen de lesa majestad el hijo pierde la herencia del padre.

Sin embargo, en buenos principios jurídicos, y cualquiera que sea el concepto racional que de la pena se tenga, no es admisible que el inocente sufra la que se impuso al delincuente. Es regla en materia de imputabilidad que debe tenerse muy presente, por más que con frecuencia haya sido olvidada, que cada uno ha de responder única y exclusivamente de los actos suyos. Podrá alguna vez resultar de la pena impuesta al criminal un daño al que no ha delinquido; pero esto será fruto de la imperfeccion de los medios de que la sociedad ha de valerse para castigar; será al fin una desgracia, que conviene evitar en cuanto sea posible.

En estas consideraciones está basada la ley 77 de Toro que comentamos. «Por delicto que el marido ó la muger cometiere,—dice dicha ley,—aunque sea de heregía, ó de otra cualquiera calidad, no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de cualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure*.»

Complétase esta ley con la disposicion de la 78, hoy innecesaria, que dice: «La mujer durante el matrimonio por delicto pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra qualquier calidad que sean.»

Ténganse muy en cuenta las sentencias del Supremo Tribunal que dejamos trascritas en la jurisprudencia sobre la manera como debe entenderse la ley 77 de Toro.

La última parte de nuestro artículo refleja la doctrina de la conclusion de la misma ley 77. Hoy todavía es más lógica su decision: no habiendo delitos que impongan la pena *ipso jure*, la condena no lo es hasta que se hace ejecutoria, y por consiguiente la declaracion de la ley no tiene más objeto que no dar efecto retroactivo á la sentencia condenatoria.

(1) Sancho Llamas.—Leyes de Toro 77, n. 3.º

SECCION CUARTA

DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD LEGAL

Artículo 1450.—Al marido corresponde la administracion de los bienes de la sociedad legal y la facultad de enajenarlos sin el consentimiento de su mujer, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.
Art. 45, ley de Matrimonio civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1421, Cód. Francia.—1104 y 1117 Portugal.—179 Holanda.—2373 Luisiana.—1238 Austria.—1452 Bolivia.—1278 Valais.—1161 Neufchatel.—1063 Vaud.

JURISPRUDENCIA

Con arreglo á la ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Novísima Recopilacion, los bienes que fueron ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio entre marido y mujer, que no fuesen castrenses ni cuasi-castrenses, los puede enajenar el marido durante el matrimonio sin licencia ni otorgamiento de su mujer, siendo válido el contrato, salvo si se probare que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar á la mujer (Sent. 18 Octubre 1861).

COMENTARIO

El marido es el administrador de todos los bienes de la familia, salvo los casos que como excepcion se consignan en algunas leyes: así lo dispone terminantemente la del matrimonio civil; mas aunque así no lo dispusiera, bastaba la declaracion de la ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Novísima Recopilacion, para que el marido tuviere aquel carácter; porque concedido lo más, como es la facultad de enajenar, estaba comprendido lo ménos, que es la administracion.

«Otrosí—dice la ley—que los bienes que fueren ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio entre el marido y la mujer, que no fueren castrenses ni cuasi-castrenses, que los puede enajenar el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su mujer, y que el contrato de enajenamiento vala, salvo si...,» etc.

No creemos que esta regla precise más amplias explicaciones.

Artículo 1451.—Toda enajenacion ó convenio que sobre bienes gananciales haga el marido en daño ó fraude de la mujer, no perjudicará á ésta ni á sus herederos.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

La misma ley de que nos hemos ocupado en el artículo precedente, despues de conferir al marido la facultad de enajenar los bienes gananciales, añade: *Salvo si fuere probado que se fizo* (la enajenacion) *cautelosamente por defraudar ó damnificar á la mujer.*

Discuten los autores sobre la facultad del marido para hacer donaciones con los bienes gananciales.

Palacios Rubios resuelve negativamente la cuestion; pero Gomez entiende lo contrario, y Acevedo, buscando un término de transaccion, explica que toda enajenacion será nula cuando envuelva daño ó fraude, y por tanto, la donacion debe hallarse sujeta á la misma regla, sin que haya inconveniente en tenerla por válida cuando el fraude ó dolo no se justifican.

El Sr. Gutierrez combate este temperamento y dice: «La enajenacion á título oneroso no destruye, sólo cambia el capital: el fraude no se descubre sinó en tanto que se pruebe haberse empleado la venta como medio de hacer desaparecer los bienes: ¿sucede lo mismo con la donacion? Vender una cosa por ménos precio que su valor, es más que presuncion, es prueba de un fraude; darla de baldo, ¿qué será? Ridículo

es afirmar, dice Matienzo, que la mujer adquiera la mitad de lo ganado durante el matrimonio, si el marido, teniendo ó no teniendo hijos, ha de poder enajenar esa parte correspondiente á su esposa, lo mismo por donacion que por venta: *Donatio est titulus dissipatibus.*»

Otros autores, Sala y Molina entre ellos, sostienen que el marido puede hacer donaciones moderadas y con causa, mas no copiosas y sin causa, que disipen el patrimonio.

Suscita Gomez la cuestion de ¿qué recurso podrá utilizar la mujer para recobrar los bienes enajenados en su fraude, ó con ánimo de damnificarla? El mismo Gomez contesta á esta duda diciendo que si las cosas enajenadas existen, podrá la mujer repetir directamente contra ellas donde quiera que se encuentren; pero si hubieren desaparecido, deberá repetir contra los bienes propios del marido, ó contra la parte de gananciales que á éste haya de corresponderle. Mas si el marido careciese de unos y otros bienes, podrá la mujer dirigirse contra el poseedor de las cosas, en el mismo modo y forma que establecen las leyes cuando se trata de reclamar contra las enajenaciones hechas en fraude de acreedores.

SECCION QUINTA

DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD LEGAL

Artículo 1452.—La sociedad legal se disuelve únicamente en los casos marcados por la ley.

ORÍGENES

Véanse las citas de los artículos 155, 159, 167, 175 y 177.

JURISPRUDENCIA

La separacion de los cónyuges por la sola voluntad del marido, que huyó de la compañía de su mujer, no priva á ésta del derecho que tiene á la mitad de los gananciales, y la Sala sentenciadora, al declarar que á pesar de esta separacion vivieron *de consuno* marido y mujer para los efectos indicados, no infringe las leyes 1.ª y 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 26 Junio 1876.)

COMENTARIO

La sociedad de gananciales se disuelve:

1.° En todos los casos en que se disuelve el matrimonio.

2.° Cuando el matrimonio se declare nulo, bien que en este caso es preciso tener presente si hubo ó no buena fe por parte de uno ó ambos cónyuges, segun dejamos oportunamente explicado.

3.° En el caso de divorcio.

En cuanto á la renuncia de los gananciales, no puede decirse en absoluto que disuelvan la sociedad legal: los efectos de la renuncia los hemos explicado en el lugar correspondiente.

La disolucion por muerte queda comprendida en el primero de los casos enumerados; pero téngase en cuenta que Febrero cita varios casos en que despues del fallecimiento de uno de los cónyuges puede continuar una especie de sociedad, muy semejante á la legal; tales son: 1.°, si así se pactó en los contratos nupciales; 2.°, si se guardase así por fuero ó costumbre en algun lugar; 3.°, cuando los bienes relictos fuesen todos gananciales, y 4.°, cuando la hacienda está *pro indiviso*, los interesados viven juntos de los productos del caudal, y sin llevar cuenta ni razon.

En cuanto al divorcio, Acevedo y Matienzo creen que el causante de la separacion no se exime de la sociedad, y que sólo el inocente es el que puede reservar los productos de sus bienes, sin sufrir el gravámen de la sociedad. Sin embargo, las leyes no autorizan esta inteligencia.

Artículo 1453.—La mujer pierde los gananciales por adulterio (*a*), por el abandono de la casa marital (*b*), ó por hacer vida disoluta en la viudez (*c*).

ORÍGENES

(a) Ley 2.ª, tít. VII, lib. IV, Fuero Real.
(b) Ley 5.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Real.
(c) Ley 5.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Si muger desposada fiziere adulterio... de sus bienes faga (el marido) *lo que quisiere.*

Si alguna muger se partiese de su marido é se fuere, afrontandola el marido que no se vaya... pierda todo cuanto ganaron en uno, y háyalo el marido.

Si la muger fincare viuda y siendo viuda viviere lujuriósamente, que pierda los bienes que ovo por razon de su mitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella durante el matrimonio...

Tales son los preceptos de las tres leyes citadas, cuya observancia es dudosa en la práctica.

Véase nuestro artículo 154.

SECCION SEXTA

DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD LEGAL

Artículo 1454.—Disuelta que sea la sociedad legal, la cantidad líquida que formen los gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer ó sus respectivos herederos.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con art. 2375, Cód. Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Los bienes gananciales, como sujetos preferentemente á responder de las deudas contraídas durante el matrimonio, no pueden formar parte del caudal hereditario, líquido, partible, miéntras que no estén aquéllos satisfechos, ni tampoco estimarse con derecho y accion á los herederos para reivindicarlos de poder del acreedor que los recibió en pago de su crédito ó de aquel á quien el mismo los trasmitió legítimamente, sin otras diligencias previas que las de haberse pedido y otorgado por el juez la prevencion de la testamentaría (Sent. 22 Setiembre 1859).

Las leyes 1.ª, 3.ª y 5.ª, tít. IV, lib. X, Novísima Rec., que tratan: la 1.ª, del modo de partir entre marido y mujer los bienes adquiridos en el matrimonio: la 3.ª, que declara que los frutos de los bienes propios del marido ó de la mujer sean comunes, y la 5.ª, que ordena qué bienes son comunes, ó de marido ó mujer, son inaplicables al pleito si en él no se ha ventilado cuestion alguna que tenga relacion con dichas leyes, sinó la demanda del concurrente, limitada á pedir la mitad de los productos de bienes propios de la mujer, con los cuales se viene alimentando hace muchos años, sin que el marido la dé para ello otro recurso de lo que él pueda tener propio ó adquirido con su industria (Sentencia 5 Junio 1876).

COMENTARIO

El precepto contenido en este artículo no necesita explicacion despues de haber consignado en otros artículos qué eran bienes gananciales y qué efectos causaba la sociedad legal entre los cónyuges. *Pártanlo de por medio,* decía la ley del Fuero: resumiendo estas palabras el concepto de la sociedad de ganancias.

Mas para hacer esta division adjudicando la mitad á cada uno de los cónyuges, ó á los respectivos herederos en su caso, es preciso liquidar ántes las obligaciones y derechos de la disuelta sociedad.

Nuestras leyes no han estatuído en qué forma haya de practicarse esta liquidacion; así es que suele usarse el mismo procedimiento que si por fallecimiento de uno hubiera que proceder al pago de sus deudas, al cobro de sus créditos y á la distribucion y adjudicacion del caudal hereditario.

El proyecto de Código señalaba los requisitos

y formalidades que habían de observarse al liquidar la sociedad legal. Aunque estas reglas no están vigentes, conviene conocerlas, porque muchas de ellas sirven de aplicacion práctica en muchos casos.

En primer lugar dice: «Se procederá á la formacion de inventario, disuelta que sea la sociedad, á ménos de haberse renunciado á ella. Tampoco se formará inventario cuando se trate de un matrimonio nulo, contraído de mala fe por alguno de los cónyuges.

El inventario se comprenderá numéricamente y se traerán á colacion las cantidades que habiendo sido satisfechas por la sociedad legal sean rebajables de la dote y del capital del marido. Tambien se traerá á colacion el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas. (Véase nuestro art. 1451).

No se incluirán en el inventario los efectos que compusieren el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, y se entregarán libremente al que de ellos sobreviva.

Tambien se entregará á la viuda su vestido ordinario.

En primer lugar, se liquidará y pagará la dote de la mujer. (Téngase presente en este punto cuanto hemos dicho sobre restitucion de la dote, y las disposiciones de la ley Hipotecaria.)

Despues de la dote de la mujer, se pagarán as deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad. (Estas deudas, lo mismo que la dote, se hallan sujetas á la clasificacion correspondiente, segun los casos.)

Seguidamente se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las rebajas que correspondan del mismo modo que se hicieron en la dote.

Hechas todas estas reducciones, el resto del caudal compondrá el fondo de gananciales.

En cuanto á las pérdidas y demejoras, así en los muebles como en los inmuebles, se observarán las disposiciones vigentes.

El fondo líquido de gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer ó sus respectivos herederos.

«Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidacion de gananciales de dos ó más matrimonios (termina diciendo el proyecto de Código), contraídos por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, incluso la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en proporcion al tiempo de su duracion y á los bienes propios de cada uno de los socios.»

Nada dicen tampoco las leyes sobre este punto; pero Febrero, en los núms. 29 al 31, párr. 1.º, cap. IV, lib. I, parte segunda, entiende que no acreditándose en qué matrimonio de los del padre comun se hicieron los gananciales, ni los que éste lucró en su viudez, deberán dividirse igualmente entre los dos matrimonios. Escobar, citado por Febrero, había resuelto la dificultad del mismo modo que lo hizo despues el proyecto de Código, y á nuestro entender es más equitativo que el propuesto por Febrero.

De este modo, sin embargo, puede complicarse más la dificultad si no pudiese justificarse cumplidamente el importe de los bienes propios de cada cónyuge en el primero y segundo matrimonio. En este caso, dice Goyena que se dividirán los gananciales segun la duracion de cada uno de los matrimonios; porque presumiéndose hechos aquéllos en uno y otro, debe presumirse tambien que se hicieron más ó ménos en proporcion á lo que duró cada sociedad: el tiempo es aquí la sola regla prudencial de proporcion.

Artículo 1455.—Las mandas hechas por el marido á la mujer no se imputarán en la mitad de gananciales que á ésta corresponderán, con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (16 de Toro).

COMENTARIO

Se han perdido los autores en minuciosas indagaciones acerca del fundamento, base y orígen de esta ley.

Estas diversas opiniones pueden estudiarse resumidas en los comentarios á la ley de Toro de Sancho Llamas.

Nosotros omitimos hacer aquí relacion de ellas, porque las tenemos por hijas de un excesivo afan de sutilizar, y despues de todo, ninguna ó muy escasa utilidad práctica proporcionan.

Por otra parte, el precepto contenido en la ley que comentamos es clarísimo, y segura-

mente no dará lugar á dudas y dificultades cuando se trate de su aplicacion.

Artículo 1456.—Disuelta la sociedad legal, los bienes gananciales pertenecen respectivamente á los cónyuges á quienes fueron adjudicados, y son de su absoluta y libre disposicion.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (14 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Si resulta en autos que una madre entregó á su hijo menor, por evitar *trabacuentas* y *disgustos*, ciertos bienes raíces adquiridos durante el matrimonio, no reservando la mitad que en ellos la correspondia como ganancial, y despues pide que esa mitad se liquide, promoviendo un llamado juicio de testamentaría voluntario, oponiéndose el recurrente que solicitó la exclusion del inventario de los expresados bienes, que poseia como suyos más de treinta años ántes de la demanda, la sentencia que desestima la solicitud de exclusion infringe la ley 34, título XIV, Partida 3.ª, que dispone que *lo que ome quita á su contentor por enojo de no seguir pleito no lo puede despues demandar* (Sent. 15 Febrero 1876).

COMENTARIO

El precepto de la ley no puede ser más terminante. «Mandamos que el marido y la mujer, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero, ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque haya habido fijos de los tales matrimonios ó de algunos de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron; como de los otros sus bienes propios que no oviesen seido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes.»

Los bienes gananciales, una vez adjudicados, son de la absoluta y libre disposicion del cónyuge que los ha recibido: no tiene, por lo mismo, obligacion de reservarlos en favor de sus hijos.

Como la ley no da lugar á dudas que deban tomarse en cuenta, discuten los autores sobre la razon de decidir de la misma. Prescindiendo nosotros de este análisis, citaremos únicamente la opinion de Llamas, que dice: «La verdadera razon de decidir que tuvo la presente ley no es otra sinó la de que los bienes adquiridos durante el matrimonio en razon de gananciales provienen de título oneroso, á saber: de la industria y trabajo de los contrayentes, en cuyos bienes no se atiende á la cualidad de si son ó no *lege delatos* para haber de reservarlos á los hijos del primer matrimonio, sinó únicamente se tiene consideracion á que no han sido adquiridos por título lucrativo, sinó oneroso, para poder disponer de ellos sin la obligacion de reservarlos á los hijos, áun cuando pase á contraer segundo matrimonio.» En el fondo participa Avendaño de la opinion de Llamas, pero difiere de ella en algunos puntos.

Artículo 1457.—En la distribucion de los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge se observará lo dispuesto en el artículo 1444.

Si á la disolucion de la sociedad legal estuviese en barbecho alguna heredad propia de uno de los cónyuges, éste deberá abonar al otro la mitad de los gastos ocasionados en la barbechera.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Lo dispuesto en el art. 1444 real y positivamente se refiere á la manera de distribuir los frutos y rendimientos de los bienes propios de los cónyuges, en el momento de disolverse la sociedad legal, pues solamente al llegar este caso ha de hacerse aplicacion de aquellas reglas.

A lo allí dicho únicamente hemos de añadir el contenido del segundo párrafo del presente, esto es, segun las mismas palabras de la ley: *é si no fore sembrada* (la tierra) *é fuere en barbecho, el que no ha nada en la heredad aya la meytad de las misiones que fueren fechas en el barbecho.*

Artículo 1458.—El lecho cotidiano se entregará al cónyuge supérstite, en tanto que no contraiga segundo matrimonio.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Segun expresa Febrero, es práctica constante adjudicar á la viuda los vestidos ordinarios, y añade el mismo: «Por vestido ordinario se entiende aquel con que la mujer salía ordinariamente á la calle, con decencia, segun su clase y las facultades de su marido, lo cual debe dejarse al prudente arbitrio. Los vestidos preciosos, de que sólo usaba la mujer en días de lucimiento, y cuya graduacion se debe tambien dejar al juez, teniendo en consideracion la calidad y caudal del marido, y la costumbre del país, entre personas iguales en el todo, por lo que se puede dar regla fija, se le aplicarán en cuenta de su haber.»

Aparte de esta costumbre, guardada generalmente, la ley del Fuero establece que: *Si el marido ó la mujer muriere, el lecho que habien cotidiano finque al vivo: é si se casare tornenlo á particion con los herederos del muerto.*

A propósito de esta ley, examina Febrero tres cuestiones: 1.ª, de dónde ha de sacarse: 2.ª, si habiendo deudas y no gananciales, gozará la mujer de preferencia sobre los acreedores del marido: 3.ª, si en cualquier tiempo que case la mujer deberá restituirlo á los herederos.

En sentir de Goyena, como el lecho no es una cantidad, sinó una cosa específica y determinada, deberá sacarse, como toda propiedad ajena, con preferencia á todo; en una palabra, se hará cuenta que el lecho no existe entre los bienes, y no se incluirá en el inventario.

En cuánto al tiempo en que la restitucion haya de hacerse, entiende Febrero que no distinguiendo la ley de tiempos, en cualquiera en que se celebre un segundo matrimonio deberá el cónyuge devolver el lecho á los herederos del muerto.

Puede presentarse ademas otra dificultad: cuando el lecho conyugal forma parte de la dote, sobre todo siendo ésta inestimada, ¿podrá la viuda conservar el lecho, reclamando como parte de la dote el valor del mismo, áun en el caso de que no haya gananciales? ¿Podrá en el mismo caso retenerlo el viudo?

No tenemos noticia de que esta cuestion haya sido tratada por los autores. Parece, sin embargo, lo más sencillo que el derecho concedido al viudo por la ley que comentamos, debe cesar cuando sobre el lecho se ejerce un derecho anterior, como es el que supone la carta dotal: y en cuanto á la viuda, que ésta no ha de poder reclamar dos veces la misma cosa, y por lo tanto que solamente recibirá el lecho por razon de su dote inestimada. Lo contrario parece que debería observarse en el caso en que la dote fuese estimada, pues entónces podría recibir la apreciacion de la dote y ademas el lecho cotidiano, y del mismo modo podría retenerlo el viudo, pagando á los herederos de su cónyuge la estimacion completa de la dote.

TÍTULO VIII

DEL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA Y FORMA DE ESTE CONTRATO

Artículo 1459.—El contrato de compra-venta es aquel en que uno de los contrayentes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto y en dinero.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 9.ª, tít. V, Partida 5.ª.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1582 y 1591, Cód. Francia.—1493 Holanda.—1447 Italia.—1544 Portugal.—1112 Vaud.—1224 Neufchatel.—1320 Valais.—2414 Luisiana.—Art. 1.º, parte 1.ª, título XI, Prusia.—Ley 5.ª, tít. V, lib. XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si bien la ley 9.ª, tít. V, Partida 5.ª, exige precio cierto en la compra-venta, no invalida este contrato la falta de dicho precio cuando el derecho del reclamante proviene de un convenio privado (Sent. 19 Enero 1866).

El axioma de derecho de ser requisitos esenciales de la compra-venta el consentimiento, la cosa y el precio, carece de aplicacion cuando no dejan de concurrir ninguno de dichos requisitos (Sent. 11 Mayo 1866).

La ley 1.ª, tít. V, Partida 5.ª, se limita á referir lo que es venta (Sent. 11 Mayo 1866).

Toda vez que sean ciertos en la venta el precio y la cosa vendida, no es necesario que ésta se describa específica y detalladamente (Sentencia 10 Noviembre 1866).

Cuando en la escritura de venta se fija determinadamente el precio de ésta, no se infringe la ley 1.ª, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 18 Diciembre 1866).

La trasmision de un derecho por precio cierto es un contrato de venta, con arreglo á las leyes 1.ª, 10 y 11, tít. V, Partida 5.ª La sentencia que califica de cesion dicho acto infringe la expresada ley (Sent. 25 Abril 1867).

Es circunstancia esencial del contrato de compra-venta que sea sobre cosa cierta (Sent. 11 Noviembre 1868).

Cuando el contrato de venta de unas fincas tuvo efecto en legal forma, dando fe el notario de la entrega de parte del precio, y asegurando el vendedor que tenía recibido el complemento del mismo precio, no puede decirse que tal contrato fué gratuíto, sinó, por el contrario, que concurrian en él todos los requisitos que exige la ley (Sent. 29 Abril 1871).

Si la Sala sentenciadora, apreciando la repetida confesion del demandado de que recibió un género y no ha pagado su precio, y que segun los libros del demandante, llevados en la forma que previene el Código de Comercio, se ha justificado la certeza de la venta de dicho género y el precio del mismo, así como que el demandado no ha probado que el contrato fuese de comision, ni que el precio lo pudiese pagar á voluntad, por lo que le condena al pago de dicho precio, contra esta apreciacion es inoportuno citar la ley 1.ª, tít. V, Partida 5.ª, y el principio de derecho de que si el actor no prueba debe absolverse al demandado, y la doctrina de que no basta para que una persona se diga obligada que se denuncie la existencia de determinada convencion, sinó que se hace necesario que aparezca clara y legalmente contraída, porque la Sala ha estimado que el actor ha probado su accion (Sent. 3 Marzo 1873).

La ley 1.ª, tít. V, Partida 5.ª, se limita á definir *qué cosa es vendida*, ó sea el contrato de compra-venta y la manera en que se hace entre el comprador y el vendedor; y por consiguiente, si la sentencia, al absolver de una demanda en los dos extremos disyuntivos que comprende, nada determina en contra de esa definicion, es claro que no infringe dicha ley (Sent. 31 Marzo 1874).

El contrato de compra-venta es distinto del de cesion ó traspaso, y no pueden aplicarse á éste las disposiciones legales sobre aquél (Sentencia 15 Abril 1875).

Las leyes 1.ª, 10 y 11, tít. V, Partida 5.ª, se refieren al contrato consensual de compra-venta, y no tienen aplicacion al pleito que versa sobre un censo redimible (Sent. 17 Abril 1875).

Si el contrato otorgado en escritura pública, como en la misma se denomina, es de compra-venta, porque en él concurren las circunstancias esenciales y constitutivas de dicho contrato, al calificarlo la Sala sentenciadora de subforo y negar con tal motivo el retracto que, apoyada en la condicion del contrato, en que la cosa vendida era del patrimonio de sus ascendientes y en su calidad de hija de la vendedora, pretende la demandante, infringe las leyes 1.ª, 2.ª y 5.ª, título XIII, Nov. Rec. (Sentencia 13 Julio 1876).

COMENTARIO

Vendida es una manera de pleito que usan omes entre sí: e fazesse con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador y el vendedor.

La definicion contenida en nuestro artículo está conforme con la admitida por la generalidad de los autores modernos y de los Códigos de casi todos los pueblos. Tiénese por máxima, tratándose de la compra-venta, que ésta no existe sin tres requisitos que podemos llamar esenciales, y son:

Consentimiento.

Cosa.

Y precio.

Concurriendo estas circunstancias, dice el Tribunal Supremo, no puede confundirse este contrato con otro de diferente naturaleza. Esto, sin embargo, no es así tan absolutamente como se desprende del fallo á que nos referimos, pues el traspaso y la dacion en pago son actos en que concurren aquellas circunstancias, y sin embargo ni son compra-venta, ni están sujetos á las mismas reglas legales.

Así, el traspaso está sujeto á disposiciones especiales (Véase Sent. 15 Abril 1875), y en cuanto á la dacion en pago se diferencia bastante de la compra-venta, pues segun hace observar Gutierrez, como en la *dacion* las partes se proponen extinguir una obligacion más bien que dar vida á una nueva, las cláusulas ambiguas que en el contrato de venta se interpretan en contra del vendedor, aquí, donde hace veces de deudor, se interpretan á favor suyo.

Otra diferencia, tambien muy notable, hace constar el mismo autor, es á saber: el que vende una cosa por cierta suma compensándola con otra de la que se creía deudor, si llega á descubrir que no la debía, no puede repetir la cosa, sinó el precio: y por el contrario, si hubiese dado la cosa en pago de una suma, creyendo que la debía, tiene derecho á repetir la misma cosa.

El contrato de compra-venta tiene su orígen en la permuta: *Origo emendi vendendique á permutationibus cœpit* (1). Mas cuando se inventó la moneda, que tantas facilidades ha proporcionado á las transacciones, hasta el punto de haber puesto alas al comercio, segun la expresion de un distinguido publicista, el antiguo contrato de permuta perdió la mayor parte de su importancia, y la compra-venta se hizo la forma más frecuente de traspasar el dominio de las cosas.

De los tres requisitos esenciales de la com-

(1) Ley 1.ª, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

pra-venta nos ocuparemos en los artículos siguientes.

Artículo 1460.—La venta se perfecciona entre las partes por el solo convenio de ellas respecto de la cosa y el precio; pero no se consuma hasta que respectivamente se entregan la cosa y el precio.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se reputará perfecto el contrato hasta que se haya elevado á escritura pública, si así lo pactaron los contrayentes.

Es válido el contrato celebrado por cartas.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, lib. III, Fuero Real.
Leyes 6.ª y 8.ª, tít. V, Partida 5.ª
Ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1583, Código Francia.—1448 Italia.—1494 Holanda.—Ley 8.ª, tít. VI, lib. XVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Todo contrato de compra-venta queda perfecto y obligatorio por el simple consentimiento de las partes en la cosa y en el precio: por consecuencia, tienen aquéllas el derecho recíproco de pedir que se reduzca á escritura pública Sent. 30 Junio 1854).

La legislacion romana y de las Partidas sólo puede tener cabida en la compra-venta cuando los contrayentes hayan estipulado que no se entienda perfeccionado el contrato hasta que se formalice la escritura (Sent. 27 Mayo 1856).

Cuando el comprador y vendedor convienen en que se otorgue el contrato por medio de escritura pública, no esté acabada ó perfecta la compra-venta hasta que esto se realice (Sentencia 3 Octubre 1859).

Los contratos de compra-venta se perfeccionan por el consentimiento de las partes y se consuman con la entrega de la cosa y el precio, quedando, por tanto, válidos y subsistentes aunque las escrituras en que se consignaron no hagan fe en juicio por no haber sido registradas en el oficio de hipotecas (Sent. 14 Junio 1860).

La ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, se refiere al contrato de compra-venta; y áun para que en éste tenga lugar su aplicacion, es necesario que se pacte la extension de la escritura como condicion esencial, ó que el contrato la exija por sus circunstancias especiales, pues en otro caso queda perfeccionado con el consentimiento de los otorgantes (Sent. 20 Febrero 1861).

El precepto legal de haber de elevarse á escritura pública para la transaccion del dominio de cosas inmuebles, no varía la naturaleza de dicho contrato, ni establece una condicion esencial del mismo, sinó una forma en interes público, independiente de la voluntad de los contrayentes, envolviendo como consecuencia necesaria el recíproco é indeclinable deber de éstos á prestarse al otorgamiento de la escritura pública (Sent. 19 Abril 1861).

Sólo suele tener lugar lo dispuesto en la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, cuando se estipula por los contrayentes, bajo una ú otra forma, que hasta el otorgamiento de escritura no se entiende perfecto el contrato (Sent. 19 Abril 1861).

El estipularse en un contrato de venta que se otorgará escritura pública luégo que se verifique el pago del precio, no puede estimarse como una condicion suspensiva de la validez de dicho contrato (Sent. 14 Diciembre 1861).

El contrato de compra-venta, como esencialmente consensual, queda perfecto y obligatorio por el simple consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, sin que varíen la naturaleza del mismo las disposiciones de la ley 14, tít. XII, lib. X, Nov. Rec., establecidas con el objeto de asegurar la cobranza de los impuestos fiscales sobre las ventas, cambios y enajenaciones de bienes raíces (Sent. 11 Diciembre 1863).

El contrato de compra-venta queda perfecto y es obligatorio desde que los contrayentes convienen en la cosa y en el precio; y por consecuencia, tienen aquéllos el derecho recíproco de pedir que se lleve á efecto y reduzca á escritura pública (Sent. 11 Abril 1864).

En el caso de que no esté suficientemente demostrada la existencia de un contrato de compra-venta, no puede tener aplicacion la doctrina legal de que esta clase de contratos son válidos cuando hay conformidad en el precio y en la cosa, consumándose cuando ésta se entrega (Sentencia 8 Octubre 1864).

Los contratos de compra-venta, cuando quedan perfeccionados por el consentimiento de las partes, y consumados con la entrega de la cosa

y pago del precio, son válidos y subsistentes aunque el documento en que se consignen no hiciese por sí solo completa fe en juicio, si en corroboracion del mismo se hace constar su existencia (Sent. 13 Octubre 1864).

El contrato de compra-venta, esencialmente consensual, queda perfecto y obligatorio por el simple consentimiento en la cosa, precio y circunstancias propias del mismo (Sents. 19 Abril 1861, 13 Diciembre 1861, 30 Junio 1864, 19 Abril 1865 y 15 Diciembre 1865).

Cuando no se estipula el otorgamiento de la escritura en el concepto de que la venta no sea acabada hasta que la carta sea hecha, la sentencia que manda llevar á cabo una venta, no infringe la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª (Sentencia 15 Diciembre 1865).

El contrato de compra-venta queda perfecto y consumado por la conformidad de las partes en el precio y en la cosa, y la entrega de ésta al comprador y del precio al vendedor (Sentencia 30 Junio 1866).

Verificada la tradicion de la cosa por el precio dado, queda consumado el contrato de compra-venta (Sent. 9 Octubre 1867).

No constituye condicion necesaria de reducirse á escritura pública un contrato de esta clase, el que el comprador aceptase el pagar los gastos de la venta y del otorgamiento de la escritura que naturalmente se supone que debia extenderse (Sent. 28 Enero 1868).

Segun la doctrina consignada en la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, si se establece como base esencial del contrato de compra-venta la condicion de que tenga efecto por escritura pública, hasta que su otorgamiento se verifica no queda perfecto dicho contrato (Sents. 8 Febrero 1867 y 16 Noviembre 1869).

El contrato de compra-venta, como esencialmente consensual, queda perfecto y obligatorio para los contrayentes desde que éstos convienen en la cosa y en el precio, sin que para tal efecto sea necesario que se eleve á escritura pública, á no ser que se haya estipulado entre los otorgantes como condicion necesaria para la perfeccion y validez del contrato (Sentencias 28 Enero 1868, 10 Julio 1869, 31 Diciembre 1869, 30 Junio 1874 y 5 Enero 1876).

Hasta la tradicion de la cosa vendida no adquiere el comprador su dominio, por más que tenga accion para pedirla, en cumplimiento de contrato (Sent. 23 Marzo 1869).

Cuando la escritura de venta contiene la cláusula de constituirse el vendedor en tenedor precario de las fincas á nombre de los compradores, y miéntras éstos tomasen la posesion real corporal, esta manera breve de conferirles la posesion completa es el contrato de venta (Sentencia 5 Julio 1869).

El comprador tiene derecho, por consecuencia del contrato de venta, á exigir que se le otorgue escritura pública (Sent. 16 Noviembre 1869).

El contrato de compra-venta, áun cuando haya de reducirse á escritura pública, por acuerdo de las partes, queda perfeccionado desde el momento en que el comprador y el vendedor convienen en la cosa y en el precio, y por consiguiente, lo dispuesto en la ley 6.ª, título V, Partida 5.ª, sólo puede tener lugar cuando se pacte que la venta no sea acabada hasta que la carta sea hecha, segun lo tiene establecido el Tribunal Supremo en diferentes sentencias (Sent. 20 Mayo 1873).

Si los contratantes convinieron en elevar á escritura pública el contrato de venta de las fincas que el uno debía entregar al otro por precio estipulado, pero no estipularon que hasta que se cumpliera con aquella formalidad no se tuviera por perfeccionada la venta, es inoportuna la cita de la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, como infringida por la sentencia que declara perfeccionado y obligatorio dicho contrato de venta, por no tener aplicacion al pleito (Sentencia id. id.).

La disposicion de la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, y la jurisprudencia á su tenor consignada por el Tribunal Supremo, de que no se tenga como perfeccionado é irrevocable el contrato de compra-venta hasta que se reduzca á escritura pública, si los otorgantes lo han pactado así expresamente, deben entenderse limitadas al caso en que éstos establezcan el otorgamiento de la escritura como condicion prévia y necesaria para la validez del contrato y suspensiva de su consentimiento; pues en otro caso, siendo esencialmente consensual dicho contrato, se perfecciona, como la indicada ley previene, por la avenencia del comprador y vendedor en la cosa y en el precio, si bien un interes social ha determinado el precepto de que cuando se refiere á bienes inmuebles ó derechos reales impuestos sobre los mismos, se consigne en escritura pública, de que se tome razon en el Registro público correspondiente (Sentencias 24 Octubre 1873, 27 Octubre 1873 y 13 Marzo 1875).

El contrato de compra-venta es consensual

por su naturaleza, pues para su celebracion es necesario el consentimiento de los interesados, consumándose con la entrega de la cosa y del precio estipulado, desde cuyo momento se trasfiere al comprador el pleno dominio y perfecto derecho á disponer de aquélla en el modo y forma que estime conveniente. Bajo tal supuesto, la retencion ó detencion de la cosa vendida por parte del que la enajenó despues de consumado el contrato de venta, nunca puede calificarse de legítima, sinó, á lo sumo, como un contrato tácito de arrendamiento, prévia siempre la aquiescencia de las partes (Sent. 25 Noviembre 1873).

La compra-venta queda perfeccionada desde el momento en que los contrayentes convienen en la cosa y el precio, á ménos que añadan alguna condicion ó pacto, de cuyo cumplimiento penda la perfeccion y eficacia de aquél (Sentencia 13 Marzo 1875).

Las leyes 1.ª, 6.ª, etc., tít. V, Partida 5.ª, por las cuales se declara que el contrato de compra-venta puede celebrarse por el simple consentimiento ó por cartas, no se infringen por la sentencia cuando, cualquiera que sea la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, dicha sentencia no desconoce su valor legal (Sent. 24 Setiembre 1875).

La ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª, que expresa los modos en que puede hacerse la compra-venta y los términos en que pueden convenirse el comprador y el vendedor, no tiene aplicacion al caso en que se trata de un remate ejecutado en subasta pública y aprobado judicialmente, que tiene señalados en la ley de Enjuiciamiento civil su forma y sus efectos (Sent. 30 Diciembre 1875).

La escritura pública en que aparece que los dueños de ciertos bienes venden éstos en una cantidad determinada, pagadera á plazos, recibiendo en el acto una parte del precio y otorgando á favor del comprador la carta de pago por eso, declarando la venta un hecho consumado, y obligando á los deudores á otorgar la escritura registrable, tan pronto como estuvieren corrientes los títulos de las fincas, y á consentir en el ínterin que el comprador se posesionase de los mismos y los disfrutase como suyos, no contiene condicion alguna que pueda afectar la validez y subsistencia del contrato de compra-venta, perfeccionado por la conformidad de los contratantes y consumado por la entrega que respectivamente hicieron de parte del precio de la cosa vendida (Sent. 16 Mayo 1877).

COMENTARIO

Hemos dicho que la primera circunstancia que ha de concurrir en la compra-venta es el consentimiento, y ahora hemos de añadir que este requisito es de tal importancia y produce tales efectos, que sin él no existe el contrato y su concurrencia lo hace perfecto; de tal manera, que no es preciso acto alguno para que nazcan las obligaciones que iremos estudiando sucesivamente. Llámase consensual este contrato, porque no es preciso esperar á que la cosa y el precio hayan sido entregados respectivamente por el vendedor y el comprador para que el contrato esté perfecto.

El consentimiento puede prestarse áun cuando las partes residan en diferentes lugares. Así, dice la ley 8.ª: «Estando delante el comprador é el vendedor pueden fazer la vendida: é aun podria ser fecha maguer el uno estoviesse en un lugar é el otro en otro, por cartas ó por mandaderos, consintiendo ambos á dos en uno en la vendida...» ¿Sobre qué ha de versar el consentimiento? El consentimiento, que han de prestar *ambos á dos en uno*, versará precisamente sobre tres puntos: cosa cuyo dominio ha de trasmitir uno de los contratantes, precio que ha de abonar el otro, y trasmision ó venta que han de hacer. Desde el momento, pues, en que el comprador y el vendedor han consentido *en uno* acerca del contrato, precio y cosa, la compra-venta está perfecta. Esta se *consumará* cuando se verifique la material entrega del precio y de la cosa.

No siempre, sin embargo, se perfecciona la venta por el solo consentimiento. Así, cuando las partes convinieren en que el contrato no se tenga por perfecto hasta tanto que se hubiere otorgado por escritura pública, no podrá decirse que está perfecto sinó cuando se ha cumplido este nuevo requisito. Mas para ello es preciso que lo hayan pactado los contratantes. *Cuando el comprador dice al vendedor: Quiero que sea desta vendida fecha carta. Tal vendida maguer se avengan en el precio el comprador é el vendedor non es acabada fasta que la carta sea fecha é otorgada: porque ante desto puedese arrepentir qualquier dellos.* Respecto á cómo se ha entendido este precepto por los Tribunales, véase la numerosa jurisprudencia que trascribimos en el oportuno lugar.

Debe tenerse presente que cuando la venta sea de bienes inmuebles, no es necesario inscribir la escritura de venta para que ésta sea

completamente válida, y queden, por lo tanto, obligados á cumplirla los contratantes: porque, segun se expone en los motivos de la ley Hipotecaria, no ha creido ésta que cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripcion, debe ser de condicion mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega á cumplir el contrato celebrado, ó pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando á la buena fe y á la lealtad que se deben los contratantes. Pero esta falta de inscripcion puede alegarse por los terceros perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse, no surtiendo efecto, en cuanto á éstos, dicha escritura sinó se cumple aquel requisito, por lo cual es conveniente no omitirlo. (Véase la sentencia de 1.° de Junio de 1868.)

Otra excepcion al principio general consignado en el párr. 1.° del artículo que comentamos, es la señalada en el art. 32 de la ley de 30 de Julio de 1878 sobre propiedad industrial y patentes de invencion (1), pues toda trasmision entre vivos de los derechos que confieren las patentes y sus certificados de adicion, aunque sean á título gratuito, habrán de hacerse constar por instrumento público, sin que perjudiquen á terceros si la escritura no se inscribió en el registro establecido por la misma ley.

Artículo 1461.—Perfeccionado el contrato, el daño, provecho, ó pérdida de la cosa vendida pertenece al comprador, salvo pacto en contrario. No pertenece al comprador el peligro de la cosa si se empeoró por culpa del vendedor, ó durante la mora de éste, ó si mediando condicion se destruyó toda la cosa ántes de que aquélla se cumpliese (*a*).

Esta regla es aplicable á la venta de cosas fungibles (2), hecha alzadamente y por un solo precio, ó sin consideracion al peso, número ó medida (*b*).

Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número ó medida, ó si hubieran de ser probadas, no se trasferirá el peligro al comprador hasta que se hayan contado, pesado, medido ó probado, á no ser en uno de los casos siguientes:

1.° Si habiéndose fijado día para medir, pesar, contar ó probar la cosa, no concurriere el comprador.

2.° Si no habiéndose fijado día para medir, pesar, contar ó probar la cosa, fuere el comprador requerido ante testigos por el vendedor, para que acudiese á verificar aquellas operaciones y dejare de hacerlo, si despues se empeora la cosa vendida.

En el caso de los dos números anteriores, el vendedor puede vender la cosa á un tercero, reclamando del primer comprador el quebranto sufrido.

Tambien puede el vendedor, en los mismos casos y á contar desde el día siguiente al en que se constituyó en mora el comprador, alquilar á costa de éste vasijas donde poner la cosa vendida: si no las hallare y necesitare las suyas para colocar fruto suyo semejante, puede arrojar aquélla despues de pesada ó medida (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 17, tít. X, lib. III, Fuero Real. Leyes 23, 26, 27 y 39, tít. V, Partida 5.ª
(*b*) Ley 25, tít. V, Partida 5.ª
(*c*) Ley 24, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1585 y 1586, Cód. Francia.—1450, 1451 y 1452 Italia.—1497 y 1498 Holanda.—1119 y 1120 Vaud.—Ley 35, párr. 5.°, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Perfeccionada la venta, el daño ó provecho de la cosa vendida pertenece al comprador (Sent. 3 Octubre 1859).

El vendedor debe entregar al comprador en el plazo señalado la cosa vendida, y no haciéndolo, cualquiera que sea la diferencia de precio que sufra, es de cuenta del vendedor, *porque es en culpa por razon de tal tardanza*, segun dispone la ley 27, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 18 Febrero 1863).

La ley 26, tít. V, Partida 5.ª, que dispone que para la validez de la venta condicional haya de cumplirse la condicion, no es aplicable á las cesiones hechas con cláusula de *sin perjuicio*

(1) Véase art. 499 de este Código, tomo I, página 270.

(2) Véase art. 380 de este Código.

de tercero, cuando dicha cláusula no constituye una verdadera condicion (Sent. 29 Enero 1865).

Por regla general, el peligro y el provecho de la cosa corresponde al comprador (Sent. 31 Diciembre 1871).

Si bien la ley 22, tít. V, Partida 5.ª, dispone que el daño ó el pro que sin culpa del vendedor sobrevenga á la cosa despues de perfeccionado el contrato, pertenece al comprador, no lo es ménos que esa ley se refiere al empeoramiento ó mejora que de un modo material la afecten y nazcan de cualquiera de las causas que expresa y explica por medio de ejemplos, ó que procedan de las vicisitudes á que naturalmente están sujetas, en cuanto á la disminucion ó aumento del precio, todas las cosas que pueden ser objeto de contratacion (Sent. 1.º Abril 1875).

La ley 27, tít. V, Partida 5.ª, que imputa el menoscabo que pueda sufrir la cosa vendida al vendedor ó comprador que por su culpa hubiere dejado de entregarla ó recibirla, y la doctrina en el mismo sentido del Tribunal Supremo, no son aplicables al pleito, ni pueden ser infringidas por la sentencia, cuando no ha sido objeto del debate la reclamacion de menoscabos por una ni por otra parte, ni puede tener lugar tampoco cuando no se contrataron cosas determinadas que pudieran haberlo sufrido (Sent. 24 Setiembre 1875).

COMENTARIO

La ley 23, tít. V, Partida 5.ª, dice:»... aviniéndose comprador é vendedor, uno de la cosa, otro del precio, dende en adelante, el daño que viniesse en la cosa es del comprador. Eso mismo dezimos quando se faze por escrito: luégo que la carta es acabada é firmada con testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer la cosa non sea pasada al su poder. Esto sería como si oviese comprado qualquier animal, é despues que la vendida fuese cumplida enfermare, en guisa que pierda algun miembro, ó se muriesse sin culpa del vendedor, ó si oviesse comprado alguna otra cosa é la quemase fuego, ó se derriuase toda ó parte della, ó se empeorasse de otra guisa sin culpa del vendedor... Otrosi, cumplida seyendo la vendida en alguna de las maneras susodichas, la pro que despues viene á la cosa comprada seria del comprador, maguer la cosa non fuesse pasada á su poder...»

De esta ley, y del precepto general según el cual el comprador no se hace dueño de la cosa comprada hasta tanto que *entra en su poder*, es decir, hasta que la toma ó la posee, nace una contradiccion, á lo ménos aparentemente. En efecto, han preguntado muchos autores: ¿cómo es posible que el peligro de la cosa vendida sea del comprador tan luégo como se perfeccionó la venta y ántes de que aquél se haga *dueño* de la cosa, cuando es principio indiscutible el de que *res domino perit?*

A esta pregunta ha seguido esta otra: «Si la obligacion del comprador de pagar el precio convenido depende de una condicion, cual es la entrega de la cosa, ¿cómo ha de subsistir aquella obligacion cuando la condicion no se cumple por haber perecido la cosa?

A estas dificultades han contestado ingeniosamente algunos autores, que sólo tiene la propiedad de nombre, pero que en realidad es un verdadero deudor; y segun regla de derecho, el deudor de especie se liberta de toda obligacion pereciendo la especie.

Sin embargo, parécenos preferible á este modo de salvar la dificultad, el temperamento adoptado por el proyecto de Código, segun el cual el dominio sobre la cosa pasa al comprador desde que se perfeccionó la venta, y áun ántes de su entrega.

En tres casos corresponderá al vendedor la pérdida ó menoscabo de la cosa vendida: 1.º, si la pérdida ó menoscabo se causaron por su culpa; 2.º, si se causaron habiéndose constituído en mora; y 3.º, si mediando condicion se destruyó toda la cosa ántes de que aquélla se cumpliese.

Debe tenerse en cuenta, tratándose del caso de mora, que si constituído en tardanza el deudor no se empeorase la cosa, *y despues desto quisiesse el vendedor dar la cosa al comprador ante que fuesse perdida nin menoscabada, é el que la comprase, tardasse, que la non quisiesse rescibir, si despues desto se perdiesse ó empeorasse la cosa, seria el peligro del comprador, porque la tardanza postrimera avino por su culpa*; es decir, que el vendedor sólo responderá de la pérdida ocurrida *durante* su mora, la cual cesa desde que quiere entregar la cosa objeto del contrato.

En el caso de existir una condicion que suspenda el cumplimiento del contrato, no debe olvidarse que decimos si se *destruyó toda* la cosa ántes que aquélla se cumpliese. Por manera que si no se destruyó *toda*, si no desapareció por completo, no tiene lugar la excepcion, y por lo tanto el daño ó menoscabo es para el

comprador; así es que dice la ley: «Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa se empeorase ó mejorase ante que la condicion sea complida, el daño de aquel empeoramiento ó la pro pertenesce al comprador;» es decir, sigue la regla general. «Mas si la cosa se perdiesse ó destruyesse *toda*, por cual manera quier, el daño sería del vendedor, maguer se cumpliesse la condicion despues.»

Cuando las cosas fungibles se venden, no puede decirse que se empeoran ó mejoran para el comprador, puesto que éste las adquiere por peso número ó medida. Mas cómo no siempre las cosas fungibles se venden en esta forma, sinó que «á las vegadas, algunas cosas que se podrian pesar ó medir, las venden los omes ayuntadamente á vista, non las pesando, nin las midiendo,» como, por ejemplo, cuando se vende el vino que hay en alguna bodega, ó el aceite de un almacen, ó todos los rendimientos de una cosecha, sin consideracion al peso ó medida de las sustancias que se venden, en este caso, se observará la misma regla que para las cosas que no son fungibles. Así, pues, una vez perfeccionada la venta por el consentimiento de las partes, *si despues desso, ó se menoscaba, ó encarece la cosa que es assi vendida, la pro ó el daño es del comprador tan solamente.*

Mas si estas cosas hubieran sido vendidas por su número, peso ó medida, se observarán las reglas que se contienen en nuestro artículo, es decir, que el peligro de la cosa vendida no se trasferirá al comprador sinó despues de haber sido aquellos objetos contados, pesados ó medidos, á no ser que concurra alguna de las circunstancias que se enumeran (1).

La misma regla se observará cuando los objetos hayan de ser probados.

Artículo 1462.—Si se vendiesen vinos, expresando el vendedor que sirven para ser guardados y conservados, el peligro de su pérdida total ó parcial pertenece al mismo vendedor si se dañasen ó empeorasen ántes de ser entregados al comprador.

Lo mismo se observará si sabiendo el vendedor que el vino había de dañarse lo ocultó al comprador.

ORÍGENES

Ley 39, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

La doctrina de la ley, respecto á quién pertenece el peligro de la pérdida total ó parcial de la cosa vendida en el espacio de tiempo que media entre la perfeccion de la venta y la entrega de la cosa vendida, puede modificarse por pacto expreso; así es que, «pleito faziendo el vendedor con aquel que compra, que si la cosa que le vende se empeorasse ó perdiesse ante que lo entregasse al comprador, tal daño ó empeoramiento pertenezca al vendedor, seria el peligro del que lo vendió.»

Pero ademas del caso de pacto expreso entre comprador y vendedor acerca de este punto, hay dos casos en que el peligro de la pérdida de la cosa vendida pertenece al vendedor: si la cosa que vendiesse fuesse vino, diciéndole al comprador que era de tal lugar, ó de tal natura,

(1) Ley 24.—El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida, es del comprador, maguer la cosa non sea venida á su poder. Pero cosas y a que non seria assi, ca si alguno comprare vino, gengibre, ó cinamomo, ó algunas otras cosas semejantes, que han los omes por costumbre de las gustar antes que las compren, é si tales cosas se vendiesen por peso ó medida é se perdiessen ó empeorassen ante que fuessen gustadas ó pesadas ó medidas, seria el peligro del vendedor, é non del comprador, maguer fuessen ambos auenidos en el precio. Mas si despues que fuesen gustadas ó pesadas ó medidas, se perdiessen ó empeorassen, seria el peligró del comprador é non del vendedor. Pero si se auiniessen el comprador é el vendedor en el precio, é señalassen dia a que gustásse el comprador la cosa é en que la pesassen ó en que la mediessen, si el comprador non viniesse aquel dia que señalaron e despues de esto se perdiesse ó se menoscabasse, estonce seria el peligro del comprador. Mas si por auentura acaesciesse que el vendedor é el comprador, seyendo auenidos en el precio, non señalass en dia cierto en que quitase el comprador la cosa, nin en que la pesassen ó la mediessen segund diximos, estonce el vendedor puede fazer afruenta al comprador delante de testigos que vaya á gustar, ó á pesar ó á medir la cosa que le vendió. E si non lo quisiere fazer dende adelante, si la cosa se perdiesse ó se empeorasse, es el peligro del comprador. E aun dezimos que el vendedor, despues que esta afruenta haya fecho que puede vender la cosa á otro si quisiere. E si algo menoscabare en la vendida es tenudo el comprador de refazerle aquello que por esta razon menoscabare. Otrosi decimos, que podria mas fazer el vendedor que si ouiere menester aquellos vasos en que touiere el vino ó otra cosa que ouiesse vendido, que puede alogar otros á costa é a mission del comprador. E si é por auentura non fallasse vasos á loguero é aquellos que ouiesse vendido fuessen de tal cosa que ouiessen de coger otro fruto atal como aquel, é non lo ouiesse en que meter, assi como vino ó otra cosa semejante, estonce puede echar en la calle ó en la carrera pública aquello que assi ouiesse vendido, pesándolo ó midién-

que se podria guardar, que se non dañaria por un muy gran tiempo. Ca si se dañasse ó se empeorasse ante que lo ouiesse entregado, suyo seria el peligro, é non del comprador. El segundo caso en que habrá de observarse la misma regla es «si supiesse el vendedor que el vino era tal, que se dañaria, é se callasse.»

Es decir, que el vendedor de vino debe expresar honradamente la calidad y circunstancias de lo que vende. Si sabiendo su mala calidad lo callase, y áun con más razon, si afirmase que servia para guardarse y poder ser conservado, el peligro de su pérdida, es del vendedor, á no ser que la pérdida se verifique despues de entregado el vino al comprador.

Artículo 1463.—Si la venta consistiese en oro, plata, trigo ú otras cosas semejantes, el peligro de la pérdida total ó parcial pertenece al vendedor ántes de ser aquéllas pesadas ó medidas. Pero si subsistiendo la cosa se alterase su precio, el aumento ó menoscabo que en este concepto sufriese pertenece al comprador.

ORÍGENES

Ley 24, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley hace una aclaracion, digna de tenerse en cuenta, al precepto general que sobre el peligro de la pérdida de las cosas fungibles dejamos consignado en el art. 1461.

Esta aclaracion ha merecido de Gregorio Lopez la calificacion de *singular*, y en efecto lo es.

En primer lugar, parece que la ley exceptúa de la regla general el oro, la plata, el trigo y otras *cosas semejantes*. Así, pues, ¿podrá el que vendió oro, plata ó trigo requerir al comprador para que asista á verificar la pesa ó medida de aquellas sustancias? ¿Producirá este requerimiento el efecto de trasferir al comprador el peligro de la pérdida ó menoscabo de lo vendido? ¿Podrá vender estas cosas á un tercero, reclamando del primer comprador el quebranto sufrido, como dejamos expuesto en el art. 1461?

En segundo lugar, ofrece la ley la siguiente particularidad: la venta de estas cosas fungibles no está perfecta, en cuanto al peligro de la pérdida total ó parcial, hasta que han sido pesadas ó medidas; pero sí está perfecta en cuanto al aumento ó menoscabo que por alteracion de los precios pueda causarse. Lopez expresa que esta disposicion carece de precedente expreso en el Derecho romano.

Artículo 1464.—Para que el precio se tenga por cierto, basta que lo sea con referencia á otra cosa cierta, ó que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Cuando el precio fijado por esta persona no fuere justo, se regulará por peritos.

Si aquélla muriese sin señalarlo, queda ineficaz el contrato.

ORÍGENES

Leyes 9.ª y 10, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1592, Cód. Francia.—1501 Holanda.—1440 Luisiana.—Ley 7.ª, párr. 1.º, tít. I, lib. XVIII, Digesto.—Ley 15, tít. XXXVIII, lib. IV, Código.—Párr. 1.º, tít. XXIV, lib. III, Instituciones.

JURISPRUDENCIA

Cuando el precio puede ser cierto por relacion con otra cosa, ó dicho de un tercero, es válida la venta, segun lo dispuesto en las leyes 9.ª y 19, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 30 Junio 1866).

COMENTARIO

Otro de los requisitos indispensables en todo contrato de compra-venta es la existencia de un precio que ha de ser *cierto*, segun decimos en el art. 1459. Si el precio no fuere cierto, *como*

---

dolo primeramente, echándolo assi de fuera. E esto puede fazer el vendedor desdel dia adelante que fuesse puesto que viniesse el comprador á medir ó á pesar las cosas sobredichas despues que fué afrontado que los viniesse á tomar assi como sobredicho es. E lo que decimos en esta ley ha lugar en todas las cosas que los omes han por costumbre de gustar ó de medir ó de pesar. Mas si la uendida fuesse fecha de oro ó de plata ó de ciuera ó de otra cosa semejante que se suele vender á peso ó á medida, tan solamente estonce dezimos que si peligro alguno acaesciesse en aquella cosa perdiéndose toda ó parte de ella ante que sea pesada ó medida que es del vendedor el peligro. Pero si refozassen ó encaresciessen en aquel lugar, las otras cosas que fuessen atales como aquello, la mejoria ó el menoscabo que auiniesse, por esta razon seria del comprador tan solamente.

si el vendedor digesse: vendote esta casa por cuanto tú quisieres ó por cuanto yo quisiere, la vendida en tal manera fecha, non valdria.

Pero ¿qué es precio *cierto*?

En primer lugar, el precio es cierto cuando los contratantes estipulan determinadamente la cosa objeto del contrato, y la cantidad numérica que se ha de entregar en equivalencia de aquélla.

En segundo lugar, el precio es cierto cuando se fija con relacion á otra cosa cierta; así dice la ley: «Acordándose el comprador ó el vendedor de vender el uno al otro alguna cosa por tantos dineros cuantos el comprador tuviesse en alguna arca, saco, maleta ó otra cosa, valdrá la vendida, si fueren y fallados algunos dineros, quantos quier que sean; maguer non ouiese tantos cuantos podria ó valdria aquella cosa,» porque entonces el precio, por más que sea ignorado por las partes, existe ciertamente. «Mas si por auentura non fallassen y ninguno, non valdria la vendida, porque la vendida non se puede fazer sin precio.» Tambien es el precio cierto con relacion á otra cosa cierta, cuando «un ome vendiere á otro alguna cosa auiniendose ambos que la pudiesse auer el comprador por tanto precio, cuanto la ouiera aquel que la vende,» siempre que «fallaren que la ovo comprado el que la vende assi. Mas si fallaren que la ouiera de donadío, ó que la avia eredado, ó en otra manera que non fuesse por compra, non valdria la vendida.»

En tercer lugar, es el precio cierto cuando se deja su señalamiento al arbitrio de persona determinada; así, pues, «si el comprador ó el vendedor se auienen en otro ome alguno, metiéndolo en su mano que él señalasse el precio por cuanto sea vendida la cosa, señaladole aquel en cuya mano lo ponen, valdria la vendida.» Nótese que en este caso será preciso que el tercero que ha de fijar el precio, se nombre de una manera determinada, y por tanto, que no valdrá la vendida cuando únicamente se dejase la designacion del precio á la voluntad de un tercero, sin designar quién haya de ser éste; aunque sobre este punto nada dice nuestra ley, así lo entienden los autores, siguiendo en esto caso la opinion de Justiniano, que prohibió esta forma de venta, porque podrían las partes no avenirse nunca en el nombramiento del tercero. No obstante, si otorgada la venta en esta forma hallaran las partes medio de ponerse de acuerdo respecto á la designacion de la persona, no vemos inconveniente en que el contrato sea válido y se cumpla.

¿Podrá dejarse la fijacion del precio al arbitrio de dos peritos, reservándose cada una de las partes el nombramiento de uno de ellos?

Como de costumbre, unos autores han sostenido la afirmativa, y otros la negativa.

¿Podrá dejarse al arbitrio de un tercero la designacion de la cosa vendida, cuando el comprador y el vendedor hubieren convenido en vender un caballo ó una fanega de tierra? Esta cuestion, segun expresa Goyena, ha sido resuelta afirmativamente y con justicia, pues que la cosa podrá en rigor llamarse incierta, pero está encerrada en casos ciertos.

Por último, si la persona á quien se confió la designacion del precio lo señalase *desaguisado*, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, debe ser enderezado segun albedrío de omes buenos. Y si dicha persona falleciera ántes de haber señalado el precio, queda ineficaz el contrato «é non valdria la vendida.»

Artículo 1465.—El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Entre el precio de un contrato de venta y la indemnizacion de perjuicios no hay identidad, ni áun la menor analogía, y por lo tanto es inaplicable al caso en que se trate de fijar dicha indemnizacion lo dispuesto en la ley 9.ª, tít. V, Partida 5.ª, sobre nulidad de las ventas en que se deja á la voluntad de una de las partes la designacion del precio (Sent. 8 Noviembre 1865).

COMENTARIO

Cuando alguno de los contratantes se reserva el derecho ó facultad de señalar el precio, no puede decirse con verdad que éste es cierto, y por consiguiente que haya contrato de compraventa. Así lo declara la ley al decir *ca si el vendedor digesse: vendote esta cosa por cuanto tú quisieres, ó por cuanto yo quisiere, la vendida en tal manera fecha non valdria.»*

Artículo 1466.—No existiendo acuerdo entre comprador y vendedor respecto de la

cosa y del precio, y siendo por consiguiente una y otro inciertos, no vale la venta, salvo si el vendedor entendiese que el precio estipulado era menor que el ofrecido por el comprador.

ORÍGENES

Ley 20, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Toda vez que sean ciertos en la venta el precio y la cosa vendida, no es necesario que ésta se describa específica y detalladamente (Sentencia 10 Noviembre 1866).

En caso de existir en un contrato de venta la falta de consentimiento por parte del comprador, no es al vendedor á quien corresponde reclamar dicha falta, sinó al nuevo comprador ó sus herederos (Sent. 23 Noviembre 1867).

Cuando la subasta de una finca se anuncia por una cantidad determinada y sin sujecion á medida, designándose sus linderos, se entiende que la venta se ha hecho á cuerpo cierto (Sentencias 8 Abril 1865 y 11 Noviembre 1870).

No acreditándose que la venta de un solar se hizo á cuerpo cierto, es claro que hay que convenir que se enajenó por cierto y determinado número de piés (Sent. 9 Abril 1870).

Cuando por falta de postores á todas las fincas que se sacan á subasta, y consentida la retasa de ellas por dicha razon, no se presenta reclamacion alguna por los interesados, en el concepto de que no se vendan sinó reunidas, es evidente que no se falta á la conformidad y asentimiento con que por parte de dichos interesados se habían sacado á subasta todas y cada una de las fincas, por aprobarse la venta de las á que se hizo postura (Sent. 7 Febrero 1873).

COMENTARIO

Lo dispuesto en este artículo es consecuencia obligada de lo que dejamos consignado, acerca de la necesidad del consentimiento *en uno* de las partes sobre la cosa objeto de la compraventa y del precio que por ella ha de abonar el comprador.

No habiendo consentimiento *en uno* respecto de aquellos dos extremos, la cosa y el precio son inciertos, esto es, no existe verdadero contrato.

Hay, sin embargo, una excepcion, muy digna de tenerse en cuenta.

Dice la ley que comentamos: «Acordarse deuen en el precio el comprador é el vendedor. Ca si desacordassen diziendo el vendedor que el precio fué mayor de lo que otorgasse el comprador, non valdria la vendida. Esto seria, como si dixesse el vendedor que auia uendido la cosa por cient marauedis, é el comprador dixesse que non mas de por cincuenta, é non se pudiesse ende saber la verdad. *Mas si desacordassen diziendo el vendedor que el precio era menor de lo que dezia el comprador, estonce valdria la vendida...»*

La razon de este precepto se apercibe desde luégo, sin necesidad de otra explicacion.

Artículo 1467.—Mediando arras ó señal podrá rescindirse el contrato por el hecho de allanarse el comprador á perderlas, ó el vendedor á devolverlas duplicadas, á no ser que se hubiesen entregado como parte de precio, en cuyo caso no podrá rescindirse el contrato.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. IV, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. X, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 17, tít. XXI, lib. IV, Código.—Leyes del tít. XXIV, lib. III, Instituciones.

JURISPRUDENCIA

Si por el comprador se entrega al vendedor alguna cantidad como señal y parte de pago del precio total, ninguno de los contrayentes puede dejar de cumplir lo pactado ni deshacer la venta, segun expresamente ordena la ley 7.ª, título V, Partida 5.ª (Sent. 11 Abril 1864.)

Tambien es ineludible el cumplimiento del contrato así celebrado, conforme á lo que prescribe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Id. id. id.)

La cantidad que depositan los postores á una cosa que se vende en pública subasta, en garantía del cumplimiento de su compromiso, no puede reputarse como señal ó arras (Sent. 19 Abril 1865).

COMENTARIO

Entiéndese por arras, aparte de la significacion que á esta palabra se le atribuye tratándose del matrimonio, toda cantidad, prenda ó se-

ñal que se entrega en garantía del cumplimiento de una obligacion contraida. Sin embargo, las cantidades que los postores á una subasta depositan como garantía no se reputan como arras, segun declaracion del Tribunal Supremo.

Median más ordinariamente las arras en el contrato de compra-venta, y suele darlas el comprador al vendedor en seguridad de que no deshará la vendida; mas con la particularidad de que, dadas por el comprador, ligan del mismo modo á éste que al vendedor.

Las arras pueden darse simplemente como señal ó como parte del precio. En el primer caso tiene natural aplicacion lo que se dispone en nuestro artículo respecto de la pérdida y devolucion de las arras segun los casos.

La mayor dificultad está en distinguir si las arras se han entregado en el primero ó en el segundo concepto. Con arreglo al texto explícito de la ley, la dificultad se vence fácilmente; pues entregada la cantidad ó prenda sin indicar en qué concepto se dan, se entenderá que es en el de señal, y solamente cuando el comprador dió la señal diciendo que *la daua por señal é parte del precio ó por otorgamiento*, se reputarán dadas en este segundo modo. Es decir, que para ello se necesita la manifestacion clara y terminante del que entrega las arras.

En el primer caso la venta puede rescindirse, y las arras serán la pena de esta falta. Si las rescinde el comprador, pierde la cantidad que en señal entregó: si las rescinde el vendedor, deberá restituirlas dobladas.

En el segundo caso, como que la cantidad entregada lo fué en concepto de parte del precio, no es posible la rescision.

Artículo 1468.—Nadie puede ser obligado á vender sus bienes ó parte de ellos contra su voluntad, si no es por causa justificada de utilidad pública, con arreglo á las leyes especiales en la materia.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. V, Partida 5.ª
Art. 10, Constitucion de 1876.

COMENTARIO

El respeto al sagrado derecho de propiedad exige que nadie pueda verse compelido á enajenar sus cosas contra su voluntad.

Por consiguiente, toda venta que se haga por fuerza ó miedo será nula, como que falta en ella el requisito más indispensable para la validez de los actos humanos, cual es el consentimiento de alguno de los que contraen.

Análogo efecto que la fuerza y el miedo produce la presion que puede ejercer el poder público, compeliendo á los ciudadanos á enajenar sus cosas.

La ley no ha podido sancionar ninguna clase de atentados de esta especie.

Así es que la ley de Partida declaró nulas todas las ventas en que intervinieren aquellos defectos de consentimiento. El precepto constitucional, por otra parte, sanciona la misma regla, que tiene su desarrollo y complemento necesario en la ley de expropiacion forzosa por causa de utilidad pública.

CAPÍTULO II

QUIÉNES PUEDEN COMPRAR Y VENDER

Artículo 1469.—Pueden celebrar el contrato de compra y venta todas las personas á quienes la ley permite obligarse, salvas las modificaciones contenidas en los artículos siguientes.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 1594, Cód. Francia.—1559 Portugal.—1456 Italia.—2120 Luisiana.—Art. 2.º, lib. IV, cap. III, Baviera.—1588 Bolivia.—1124 Vaud.—1239 Neufchatel.—Ley 13, tít. I, lib. XIX, Digesto.—Leyes del tít. XIX, lib. III, Instituciones.

JURISPRUDENCIA

Son válidas las ventas de bienes raíces hechas por menores de edad, cuando fingen ser mayores de veinticinco años, y por las circunstancias de estar próximos á esa edad, ser casados y tener la administracion de sus bienes, ú otras especiales que en los mismos concurran, puedan creer los que intervienen en el contrato que son mayores de edad (Sent. 27 Abril 1860).

Al determinar la ley 17, tít. XVI, Partida 6.ª, que sean válidos los contratos beneficiosos á los menores, se refiere al caso en que éstos sean los compradores, y no al en que se enajenen fincas de huérfanos, lo cual no puede hacerse sinó por los motivos y con las formalidades que exige la ley 18 del mismo título y Partida, y en el tít. XIII de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 11 Mayo 1861).

Siendo circunstancia esencial del contrato de compra-venta el consentimiento, el que no puede prestarle no tiene aptitud para celebrarlo válidamente (Sent. 17 Setiembre 1863).

Celebrado un contrato de venta por personas que tenían capacidad para contratar, estando la cosa vendida en el comercio y circulacion, y siendo cierto su precio, dicho contrato es válido y eficaz, con arreglo á lo que prescriben las leyes 1.ª, 6.ª y 9.ª, tít. V, Partida 5.ª, y la sentencia que así lo reconoce, no infringe la doctrina legal que declara nulos los contratos que se oponen á las buenas costumbres y los en que se utiliza un lucro que excede al valor de la cantidad empleada (Sent. 18 Febrero 1863).

Siendo principio legal que el padre de familia puede adquirir por sí, por su mujer, por sus hijos, y áun por sus criados, con tal que expresa ó tácitamente acepte las consecuencias de los contratos que éstos celebren, áun cuando una venta se haga á favor de una mujer casada, sin licencia de su marido, no pidiendo éste la nulidad, que es á quien únicamente compete la accion, surte todos sus efectos legales (Sentencia 27 Junio 1866).

Por la ley 2.ª, tít. V, Partida 5.ª, se establece que puedan comprar y vender sólo aquellos que pueden obligarse uno á otro, añadiendo que por lo mismo no puede verificarse este contrato entre el padre y el hijo, miéntras esté en su poder, salvo en lo tocante al peculio castrense (Sent. 26 Enero 1867).

Lo preceptuado en las leyes 1.ª, 2.ª, 6.ª y 9.ª, título V, Partida 5.ª, y el principio de que los bienes que están en propiedad privada son de la libre disposicion de aquellos á quienes pertenecen, sólo deben entenderse cuando las ventas hechas del modo que dichas leyes previenen no tienen vicio ninguno que las invalide (Sentencia 17 Mayo 1869).

Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, es indispensable, no sólo que el vendedor sea dueño de ellos, sinó que tenga capacidad civil para enajenarlos: y declarada nula la enajenacion, queda tambien anulada su inscripcion en el Registro de la propiedad, segun dispone el art. 33 de la ley Hipotecaria, favoreciendo al tercero la excepcion del art. 34 de la misma, cuando los vendedores aparecen en el Registro con derecho para enajenar válidamente (Sent. 30 Diciembre 1875).

COMENTARIO

Todo aquel que puede contratar, puede tambien celebrar el contrato de compra y venta.

Esta es la regla general vigente acerca de la capacidad legal para celebrar este contrato.

Las excepciones son de dos clases. Una se refiere á los generalmente incapacitados para contratar, los cuales tampoco podrán celebrar este contrato. De esta clase de excepciones no necesitamos ocuparnos; en el lugar correspondiente dejamos explicada la doctrina vigente en la materia. Las otras son peculiares á este contrato y forman la materia del artículo siguiente.

Artículo 1470.—Ademas de las personas comprendidas en las prohibiciones generales para contratar, tienen prohibicion para celebrar el contrato de compra y venta:

1.° El padre con el hijo sujeto á su potestad, á no ser en cuanto á los bienes de éste, para cuya administracion y usufructo se le reputa emancipado, con arreglo á los artículos 211, 212 y 213 (*a*).

2.° Los comprendidos en los artículos 261, 263, 1068 y 1609, y cualesquier otros administradores legales, á no ser en los casos y modos que en los mismos artículos se determinan (*b*).

3.° Los jueces, respecto de aquellas cosas que se venden por su mandato en pública subasta. Tampoco pueden comprar bienes inmuebles en territorio de su jurisdiccion.

ORÍGENES

(a) Ley 2.ª, tít. V, Partida 5.ª
(b) Ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec.
Véanse los orígenes de los artículos que se citan.
(c) Ley 5.ª, tít. V, Partida 5.ª
Ley 4.ª, tít. XIV, lib. V, Nov. Rec.
Ley 3.ª, tít. XI, lib. VII, Nov. Rec.
Art. 415, Código penal.

COMENTARIO

«Lo que vendiesse el padre al fijo que tiene en poder, ó el fijo al padre, non valdria, porque non pueden fazer obligacion entre si. Ca como quier que sean dos personas segun natura, segun derecho son contadas por una. Mas si el fijo ouiesse de aquellas ganancias que son llamadas castrenses, vel cuasi-castrenses, de tales cosas bien podria fazer vendida á su padre.» Aunque la ley de Partida no exceptúa de esta incapacidad más que los contratos que versen sobre bienes castrenses y cuasi-castrenses, parece lógico hacerlo extensivo á los demas bienes respecto de los cuales el hijo se considera como emancipado, con arreglo á los arts. 66 y 67 de la ley de Matrimonio civil.

El párr. 2.º del artículo que comentamos, más que á incapacidad absoluta para celebrar el contrato de compra-venta, confirma ciertas limitaciones, consistentes en determinadas formalidades que es preciso llenar para que los contratos celebrados no se anulen. Se refieren á los tutores y curadores y á los albaceas ó testamentarios, á no ser con la competente autorizacion judicial los primeros, ó habiendo sido habilitados expresamente para ello por el testador los segundos.

Ademas de la prohibicion que en los citados artículos se consigna, la ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec., hizo general el precepto, extendiéndolo á cualesquiera administradores legales.

En cuanto á la prohibicion que ataño á los jueces, es, como dice Goyena, una consecuencia de los principios religiosos que velan sobre la santidad del ministerio judicial; así es que tanto las leyes de Partida como las recopiladas y el Código penal, de acuerdo con ellas, consignan la prohibicion, así de ejercer comercio ó tráfico de cualquier especie, como comprar aquellas cosas que se vendiesen *en las almonedas que se fizieren por mandato de nuestros...* así como tampoco pueden, con arreglo á las Partidas, *comprar eredamiento, ni casas, él ni otro por él, ni otrosi ninguno de su compaña en aquella tierra, ni en aquel lugar sobre que son apoderados*; cuya prohibicion, referente á los Adelantados, consigna á su vez la Recopilacion en cuanto á los Corregidores, cargos que hoy no existen; pero refiriéndose aquéllas á los encargados de administrar justicia, las entienden los autores como subsistentes con relacion á los jueces.

Artículo 1471.—Nadie puede comprar á los criados aquellas cosas que se debe suponer pertenecen al servicio de la casa en que estuvieren empleados, ó fueren de la propiedad de sus amos.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec. (1565).

COMENTARIO

Otra prohibicion, si bien de ménos importancia, consignan las leyes recopiladas. A ella se refiere el presente artículo. «Mandamos que ninguna persona sea osada de comprar, ni compre de criado ó criada que sirviere á otro, cosas de vianda y comer, ni cebada, ni paja, ni leña, ni otras cosas de servicio y alhajas de casa; y que el que las comprare en cualquier manera, que sea habido por encubridor de hurto.»

La primera parte de la ley, en cuanto prohibe la compra de cosas que deban suponerse del servicio ó propiedad de los amos, no parece que deba entenderse derogada. Mas en cuanto á que los compradores de tales cosas hayan de ser tenidos por encubridores de hurto, dudamos que semejante precepto pueda sustentarse como vigente despues del Código penal que define y explica quiénes son encubridores.

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO CUANDO SE HA PERDIDO LA COSA VENDIDA

Artículo 1472.—Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, como si vendido un edificio se destruyere conservándose únicamente el solar, si lo ignora el comprador, queda sin efecto el contrato: teniendo noticia el vendedor de la destruccion de la cosa, deberá abonar al comprador todos los daños que se le ocasionen.

Es válida la venta si sólo el comprador conocía la pérdida de la cosa.

Lo mismo se observará cuando la cosa se perdiere en su mayor parte, á ménos que el comprador prefiera reclamar la parte conservada, abonando su precio.

Pero si se ha perdido sólo en su menor parte, subsiste el contrato, rebajándose el precio en proporcion á la pérdida, y si el vendedor obró á sabiendas, deberá abonar los daños que se originen al comprador.

ORÍGENES

Ley 14, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Si bien es válida la venta de casa ó de otro edificio destruído ó deteriorado en su menor parte, ignorándolo ambos contrayentes, pero rebajándose de su precio lo que vale de ménos, segun la ley 14, tít. V, Partida 5.ª, no tiene, sin embargo, lugar esta indemnizacion, con arreglo á la misma ley, cuando se establece en el contrato el pacto expreso de que la venta se verifica en el estado en que la finca se encuentre, y fuese aceptado este pacto por el comprador (Sentencia 17 Marzo 1864).

COMENTARIO

Puede suceder que al tiempo de celebrarse la venta, la cosa sobre que recaía el consentimiento haya dejado de existir; en este caso falta uno de los tres requisitos indispensables á este contrato: la cosa. Por eso el contrato queda sin efecto, ó, hablando con más propiedad, no hay contrato. Pero puede suceder una de dos cosas: ó al tiempo de celebrarse el contrato ignoraba el vendedor que la cosa hubiere perecido, ó no lo ignoraba. Si lo primero, el contrato es nulo, sin otras consecuencias: si lo segundo, ademas de ser nulo el contrato, deberá el vendedor indemnizar al comprador de los daños y perjuicios que se le ocasionen, puesto que en este caso el vendedor obró de mala fe, vendiendo aquello que sabía que no poseía ya ni existía.

La regla anterior tiene aplicacion, no sólo en el caso de que la cosa objeto del contrato se hubiese perdido, quemado ó desaparecido por completo, sinó tambien cuando la cosa vendida *fuesse quemada ó derribada la mayor parte della.*

Por el contrario, *si fuesse la menor parte della quemada ó derribada, estonce valdria la vendida: pero deuen fazer sacar del precio quanto asmaren que vale la cosa menos por razon de aquello que era quemado ó derribado á la sázon que fué fecha la compra.* Esto es en el caso de que el vendedor ignorase la pérdida, pues si la conocía y la ocultó, deberá abonar al comprador que lo ignoraba *los menoscabos y los daños quel vinieren por esta razon.*

Por último, debemos hacer constar que las indemnizaciones á que se refiere la ley que comentamos no tienen lugar ni pueden exigirse cuando se establece en el contrato el pacto expreso de que la venta se verifica en el estado en que la finca se encuentre, y es aceptado por el comprador, segun ha declarado terminantemente el Supremo Tribunal en fallo de 17 de Marzo de 1864.

CAPÍTULO IV

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE COMPRA Y VENTA

Artículo 1473.—Pueden ser objeto del contrato de compra y venta, no sólo las cosas presentes, sinó tambien las futuras ó inciertas, con tal que puedan existir.

El contrato hecho á la ventura es válido en cuanto á la obligacion de entregar el precio, aunque no llegue á existir la cosa.

ORÍGENES

Ley 11, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La doctrina de que pueden ser objeto del contrato de compra-venta todas las cosas que están en el comercio, ménos las prohibidas por la ley, y el principio de que «lo que no prohiben las leyes no puede impedirse,» no pueden tener aplicacion si no se ha litigado sobre ninguna de las cuestiones á que se refieren dicha ley y doctrina (Sent. 11 Febrero 1875).

COMENTARIO

Ya hemos dicho que es indispensable, para que exista venta, que haya *cosa* sobre que recaiga: esto da inmediatamente lugar á esta pregunta: ¿qué cosas pueden ser objeto de la compra y venta?

Desde luégo, segun expresa la ley, pueden comprarse y venderse tanto las cosas que existen como aquellas cuya existencia es posible, por más que en la actualidad no vivan ni sean. «Como si un ome vendiesse á otro el fruto de alguna bestia que estuviesse preñada, ó de viña, ó tierra, ó cosa semejante.»

Las cosas futuras pueden, por lo tanto, venderse, con tal de que sean posibles.

Cuando se venden cosas futuras ó inciertas, la validez del contrato depende de que lleguen á existir; y por consiguiente, *si la cosa non diere fruto ninguno de sí, non seria tenudo el comprador de darle el precio.*

La ley, ocupándose del contrato de compra-venta de cosas inciertas, dice: «Otrosi podria ome comprar la cosa que non fuere aun cierta: como si algun ome pescasse ó cazasse, é dixesse á otro: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares ó cazares; ca si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdria la vendida.»

El contrato de compra-venta, hecho á riesgo ó ventura, es válido, áun cuando no llegue á existir la cosa sobre que versó. Así, pues, si el comprador «dijere que quiere atender á su ventura, si sacasse alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiesse ó matasse el cazador alguna cosa, fasta ora cierta del dia ó todo el dia, maguer non prenda ninguna cosa, es tenudo el comprador de darle el precio quel prometió.»

Inútil es que digamos, porque ya lo dejamos consignado en otro lugar, que pueden ser objeto de la compra-venta, no sólo las cosas corporales, sinó tambien las incorporales, como los derechos, los créditos, etc., etc.

Artículo 1474.—No podrán ser objeto del contrato de compra y venta:

1.° La sucesion de persona determinada, á no ser con el consentimiento no revocado de ésta (*a*).

2.° Las cosas que están fuera de comercio, ó no son susceptibles de propiedad privada (*b*).

3.° Los bienes del Estado, provincias, corporaciones administrativas, ó que sean del comun aprovechamiento de los pueblos, á no ser en el modo y forma que previenen las leyes y reglamentos especiales (*c*).

4.° Las sustancias tóxicas y las medicinales, no siendo en el modo y forma que prescriben las leyes y reglamentos de sanidad (*d*).

5.° Las cosas litigiosas (*e*).

ORÍGENES

(a) Ley 13, tít. V, Partida 5.ª
(b) Ley 8.ª, tít. XV, Partida 5.ª
(c) Ley 1.ª, tít. XIV, Partida 1.ª
Ley 15, tít. V, Partida 1.ª
(d) Ley 17, tít. V, Partida 5.ª
Art. 8.° Ley 12, tít. XII, lib. VIII, Novísima Recopilacion.
Art. 8.°, cap. XXVII, Reg. 10 Julio 1827.
Real cédula 10 Diciembre 1828.
Art. 81, ley de Sanidad.
Art. 2.°, Ords. Farmacia, 18 Abril 1860.
(e) Ley 10, tít. IV, lib. V, Fuero Juzgo.
Leyes 1.ª y 4.ª, tít. XII, lib. I, Fuero Real.
Leyes 13 y 14, tít. VII, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Por la ley 14, tít. VII, Partida 3.ª, se prescribe que no pueda ser enajenada la cosa «sobre que es fecho el emplazamiento fasta que la contienda que han sobre ella, sea librada por juicio.» (Sent. 15 Diciembre 1865.)

La ley 13, tít. VII, Partida 3.ª, establece que no valgan las ventas de los bienes demandados, hechas despues de emplazado aquel contra quien se dirige la accion (Id. id. id.)

La ley 13, tít. V, Partida 5.ª, que invalida la venta de bienes litigiosos hecha despues del emplazamiento, se contrae al caso en que la enajenacion de la cosa demandada se verifique por la sola voluntad del poseedor y con la intencion de perjudicar al demandante (Sent. 23 Mayo 1859).

No es permitido enajenar los bienes enbargados judicialmente, miéntras no se alce el embargo, á no ser que verifique su venta el juez que conozca del litigio (Sent. 13 Diciembre 1866).

Estimada por la Sala sentenciadora, en virtud de las pruebas practicadas y el mérito de los autos, la identidad de las fincas disputables, sin que contra dicha apreciacion se haya alegado ley ó doctrina alguna legal infringida, no puede decirse que la ejecutoria infrinja la ley que ordena que la demanda debe dirigirse contra el tenedor de la cosa litigiosa (Sentencia 12 Abril 1866).

COMENTARIO

Examinaremos sucesivamente las prohibiciones que se contienen en este artículo.

La venta de una cosa futura é incierta es verdaderamente la venta de una esperanza. Ahora bien, no todas las esperanzas pueden enajenarse. La esperanza de heredar á una persona determinada, bien se funde la esperanza en la proximidad del parentesco, bien en una institucion testamentaria, no es susceptible de venta cuando se nombra ó designa aquella persona de quien se espera ser heredero; fueras ende—añade la ley—si fuesse la vendida con otorgamiento é con placer dellos mismos, ó que duren en este placer fasta que mueran.

Pero cuando no se designa de una manera determinada quién es la persona de cuya sucesion se trata, *poderlo y an vender diziendo assi: que todas las ganancias ó derechos que les an de venir por razon de eredamiento onde quier que les vengan, las venden*, y entónces es válida la venta. La razon de la prohibicion que se contiene en el primer número de este artículo, la da la misma ley en estas palabras: «Porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por codicia de los auer.»

Tampoco pueden venderse aquellas cosas que no están en el comercio de los hombres. Este principio, de que nos hemos ocupado en otros lugares, no precisa mayor explicacion.

Los bienes del Estado, así como los de la provincia ó municipio, ó aquellos cuyo aprovechamiento corresponde á los pueblos, no pueden ser vendidos sinó en los casos y con sujecion á las solemnidades, requisitos y forma que previenen las leyes y reglamentos especiales sobre la materia, y de las cuales, como de carácter meramente administrativo, no hemos de ocuparnos.

Por lo que hace á las sustancias ponzoñosas y á las medicinales, su venta viene prohibida desde las Partidas, en que ya se dispuso que «ponzoña, ó hierbas, ó venino, ó otra cosa mala de aquellas con que ome pudiesse matar á otro comiéndola ó bebiéndola, non las deue ninguno vender nin comprar.» Las leyes recopiladas despues, y las leyes, reglamentos y cédulas que citamos, han conservado la prohibicion de vender aquellas sustancias. Las Ordenanzas de farmacia, por último, determinan bajo qué condiciones y en qué forma pueden venderse aquellas sustancias tóxicas y medicinales. Finalmente, el Código penal sanciona el mismo principio.

El último número de nuestro artículo se refiere á las cosas litigiosas. «Muchas vegadas

acaesce que los emplazados por facer engaño á los que los fizieron emplazar, venden ó enajenan maliciosamente las cosas sobre que los emplazan, é cuando vienen ante el juzgador para facer derecho á aquellos que las demandan por suyas, dicen que non son tenudos de responderles, porque non son tenedores de las cosas demandadas.» Este abuso á que se prestaría la posibilidad de enajenar las cosas litigiosas, indujo al legislador á declarar que tal enajenacion non vala, é sea tornada aquella cosa en poder de aquel que la enajenó.

La parte penal de esta ley, que impone la pérdida del precio en cierto caso en favor de la Cámara del Rey, la entendemos derogada.

La ley 16, tít. V, Partida 5.ª, prohibe la venta de mármoles, piedras, maderas ó adornos que se hallaren en las fachadas de los edificios particulares. Esta ley, como de policía urbana, está derogada por disposiciones posteriores.

Artículo 1475.—No obstante lo dispuesto en el número 5.° del artículo anterior, podrán ser enajenadas las cosas litigiosas:

1.° Si fueren entregadas á otro con ocasion de matrimonio, en cuyo caso responderá de la demanda el que las hubiere recibido.

2.° Si perteneciesen en comun á diversos dueños, pudiendo ser enajenadas entre ellos con la misma obligacion del número anterior.

3.° En testamento, constituyendo con ellos alguna manda (1).

(1) Véase el art. 1013, tomo I, pág. 515.

ORÍGENES

Leyes 14, 15, 16 y 17, tít. VII, Partida 3.ª

COMENTARIO

La disposicion de este artículo no se refiere únicamente al caso de compra-venta. Sobre todo los números 1.° y 3.° de este artículo, en nada se relacionan con la compra-venta. Nos ha parecido, sin embargo, ventajoso para el lector colocar á continuacion de la ley que prohibe vender las cosas litigiosas, las excepciones á esta regla, áun aquellas que no tienen relacion con el contrato de que nos estamos ocupando.

Artículo 1476.—No pueden ser vendidas las cosas que son plenamente de la propiedad del comprador; pero sí podrán serlo las servidumbres ú otros derechos que graven sobre aquéllas.

ORÍGENES

Ley 18, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Nadie puede comprar aquello mismo que le pertenece: la compra-venta en este caso es nula. Puede, sí, comprarse el derecho que otro tiene sobre una cosa nuestra, como una servidumbre, un censo, ó cualquier gravámen. Tal es el contenido de la presente ley, que por lo clara no necesita mayor comentário.

CAPÍTULO V

DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1477.—Las principales obligaciones del vendedor son la entrega y saneamiento de la cosa vendida.

ORÍGENES

Ley 32, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1603, Cód. Francia.—1510 Holanda.—1462 Italia.—1568 Portugal.—2450 Luisiana.—1602 Bolivia.—1134 Vaud.—1250.—Neufchatel.—1438 Friburgo.—1347 Valais.—Ley 11, tít. I, lib. XIX, Digesto.—Leyes 1.ª, 24 y 70, tít. II, lib. XXI, Digesto.—Ley 6.ª, título XLV, lib. VIII, Código.

JURISPRUDENCIA

Adquiriéndose una finca por título oneroso, **el vendedor se sujeta á sufrir las consecuencias inmediatas** y legalmente indeclinables, de que el comprador la disfrutará con las mismas condiciones y del propio modo que se le entrega (Sent. 24 Febrero 1855).

El vendedor no trasmite al comprador por la venta más derechos que los que él tiene, trasfiriéndole al propio tiempo los gravámenes (Idem, idem, id).

COMENTARIO

Imprimis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere, dice el Digesto.

Pero la entrega de la cosa ha de ser con ciertas condiciones: así, pues, el vendedor deberá responder de la eviccion y saneamiento, en los términos y forma que veremos oportunamente.

Es tan obvia la obligacion de entregar la cosa que las leyes imponen al vendedor, que casi pudiéramos decir que huelga el precepto legal; puesto que si todo el que contrata ha de cumplir las obligaciones que contrae de la manera que ha estipulado, no vemos medio de que el vendedor dejara de hacer aquella entrega, objeto principal y cláusula primera de la obligacion que contrajó.

Todos los Códigos, sin embargo, hacen constar ésta como primera obligacion, y no hemos de ser nosotros seguramente quienes aboguemos para que se suprima la declaracion; pues léjos de oscurecer la voluntad del legislador, contribuye á que aparezca ésta más terminante, y por lo mismo más ineludible.

SECCION SEGUNDA

DE LA ENTREGA DE LA COSA VENDIDA

Artículo 1478.—El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionamiento del contrato, con todas sus accesiones.

ORÍGENES

Leyes 28, 29, 30 y 31, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1614, Cód. Francia.—1575 Portugal.—1470 Italia.—1517 Holanda.—2465 Luisiana.—1145 Vaud.—1260 Neufchatel.—1158 Valais.—Leyes 7.ª y 16, tít. VI, libro XVIII, Digesto.—Leyes 13 y 16, tít. XLIX libro IV, Código.

JURISPRUDENCIA

La obligacion que produce el contrato de venta de inmuebles respecto de los que lo celebran, de entregar el uno la cosa y pagar el otro el precio, envuelve, en el estado actual de nuestra legislacion, la de otorgarse la escritura pública (Sent. 27 Mayo 1856).

En el contrato de compra-venta, si el vendedor estipuló entregar una cosa determinada, ó en su defecto valores equivalentes al precio que anticipó el comprador, cumple con la entrega de éstos (Sent. 14 Diciembre 1857).

El vendedor, á la vez que hace suyo el precio, debe cumplir por su parte la obligacion que contrajo, y es responsable de los daños y perjuícios que por su culpa ó morosidad en cumplir lo que fuere de su deber se ocasionen al comprador (Sent. 12 Octubre 1860).

Incumbe al vendedor allanar los obstáculos que se opongan á la entrega de la cosa vendida, y no verificándolo oportunamente, tiene derecho el comprador á la devolucion del precio, con los daños y perjuícios que se le hayan ocasionado por culpa de aquél (Id. id. id).

Segun la ley 28, tít. V, Partida 5.ª, el vendedor ha *de entregar al comprador en aquella cosa quel vendió, con todas las cosas que le pertenescen é le son ayuntadas* (Sent. 11 Abril 1870).

Cuando en una escritura de venta se designa el número de piés que contiene la finca vendida, la sentencia que deniega parte de este terreno infringe la ley del contrato (Sent. 30 Diciembre 1870).

La sentencia que condena á un vendedor á entregar la cosa vendida y cuyo precio confesó haber recibido, no infringe la ley 46, título XXVIII, de la Partida 3.ª, ni tampoco la 2.ª, título III, de la misma Partida; porque pidiéndose lo comprado ó su precio, no se pedía una cosa sabiéndose que el vendedor no la tenía, que es el caso de la ley (Sent. 9 Junio 1871).

COMENTARIO

Determina la ley en qué forma ha de hacerse la entrega de la cosa vendida y dispone que se haga con todas sus accesiones, de tal manera, que si fuere casa se entenderá comprendidos en la venta, y por lo mismo deberán entregarse, juntamente con aquélla, «los *pozos, é las canales, é los caños é los aguaduchos, é* todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para servicio de aquella casa, quier sean dentro en ella ó fuera.»

Del mismo modo se considerarán como accesorias que deberán entregarse con la cosa vendida *las tinajas para aceite que estovieren fincadas ó soterradas, ó las otras cosas semejantes.*

No se tendrán por accesorios, para los efectos de este artículo, los muebles ni los artefactos que no formen parte integrante del edificio ni se hallen unidos á él de una manera permanente, ó tengan la consideracion de inmueble, segun en otro lugar dejamos explicado.

En los artículos siguientes se desenvuelve esta doctrina.

Artículo 1479.—Los pozos, acueductos y demas obras que estén destinadas al servicio

de la cosa vendida, así como los ladrillos, tejas, piedras y maderas que estuviesen movidos y puestos en la misma y sean propios de ella, se considerarán como accesiones, pero no los materiales que se hubiesen llevado á la finca, aunque hubieran de aplicarse á ella, siempre que no se hallaren invertidos en su fábrica.

ORÍGENES

Ley 28, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Si bien es verdad que, segun la ley 28, tít. V, Partida 5.ª, en los contratos de ventas de casas se entienden comprendidas, aunque no se pacte expresamente, todas las cosas que pertenezcan á las mismas ó les sean ayuntadas, *quier sean dentro de ellas, quier fuera*, esto se refiere á lo que se halla incrustado en sus paredes y pavimentos, ó fabricado debajo del suelo, como igualmente á los pozos, cisternas y otros objetos análogos (Sent. 9 Junio 1865).

Artículo 1480.—Deberán entregarse asimismo por el vendedor todas las cosas que se hallen fijas en la casa vendida ó que sean tan grandes que no puedan ser movidas, pero no los muebles no unidos á la casa.

ORÍGENES

Ley 29, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Véase la del artículo precedente.

Artículo 1481.—No se considerará como accesion, ni estará obligado á entregar el vendedor, la pesca que al tiempo de la venta hubiese en estanque ó fuente de la casa vendida. Lo mismo se observará respecto de los animales domésticos que se hallaren en la casa.

ORÍGENES

Ley 30, tít. V, Partida 5.ª

Artículo 1482.—En la venta de predios rústicos no se entenderán comprendidos los edificios que se hallen en los mismos, á no incluirse expresamente en el contrato ó estar señaladamente destinados á recoger y guardar los frutos de la heredad vendida.

En la venta de viña ó parral que necesite palos para las vides, no se entienden comprendidos los que el vendedor tenga comprados ó cortados para poner en ellas; pero sí los que hubiese ya puesto y despues quitare para volverlos á colocar otro año.

ORÍGENES

Ley 31, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Tales son los principios y reglas vigentes acerca de lo que se estima como accesorios en las cosas vendidas.

El precepto contenido en estos artículos es suficientemente claro. Sin embargo, es deficiente, pues no comprende los diversos casos que pueden presentarse; así es que los autores, supliendo el silencio de la ley y recurriendo al Derecho romano, determinan en algunos casos qué deben considerarse como accesorios.

Por ejemplo, en la venta de carruajes,—dicen,—así como en la de caballerías, están comprendidos los arreos ó aparejos, si se hallaban puestos con este objeto, mas no cuando se colocaron en ellos como en disposicion de viajar ó para el uso que les es propio (Ley 38, Digesto, *De ædil. edict.* Gomez V. R., tít. II, cap. II, núm. 15).

En la de yeguas, vacas ú ovejas que estuviesen criando se incluye el parto si no es de aquéllas que se aprovechan para comer, ó si destinándose á otros usos, se hallan las crías en situacion de no necesitar del cuidado de la madre (Viso, lec. 9.ª, párr. 4.º).

En la de un molino ú otro artefacto de motor hidráulico se comprende tambien necesariamente la toma de aguas, así como la canal que las recibe y conduce bajo las ruedas (Gutierrez, tomo IV, lib. IV, cap. I, seccion 1.ª, art. 1.º).

La del vino en botellas comprende los cascos, así como las barricas en la expedicion de mercancías al por mayor (Voet).

En la venta de objetos cuya posesion requiera títulos, así como en la de inmuebles, se comprenden tambien los mismos títulos que se hallen en poder del vendedor (Troplong).

Todas estas reglas deben entenderse á falta

de pacto expreso que regule de otro modo las obligaciones del vendedor.

Artículo 1483.—En cuanto á la entrega de frutos al comprador se observará lo dispuesto en el párr. 1.° del art. 1461.

ORÍGENES

Ley 23, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Perfeccionada la venta, hemos dicho en el artículo 1461, el daño y el aumento que experimente la cosa vendida pertenece al comprador. Los frutos, por consiguiente, considerados como un *aumento* de la cosa vendida, deben corresponder al comprador.

Pero no sólo los frutos ordinarios, si que tambien los extraordinarios y los accesorios; así es que la ley dice: «Si ouiesse comprado alguno campo ó viña é despues que la vendida fuesse fecha, avenidas de rios acresciessen la cosa comprada en alguna partida de tierra en que aviniessen árboles ó otra cosa, porque se mejorasse.»

Lo mismo puede decirse de cualquier otra manera de mejorarse la cosa vendida; de manera que si la cosa «vale cient maravedis é despues por mudamiento de la condicion del tiempo valiesse doscientos ó más, cuanto quier que mejorase la cosa despues que la vendida sea complida en estas maneras ó semejantes, toda la mejoria será del comprador.» La razon que para esto da la ley es incuestionable. «Ca guisada cosa es como á él pertenesce el daño si la cosa se perdiesse ó empeorasse, que le pertenezca otrosi la mejoria que en ella viniere.»

Artículo 1484.—Si una misma cosa hubiese sido vendida á dos diferentes compradores, la propiedad se trasfiere al que primero haya tomado posesion de aquella, si pagó el precio, salvo lo dispuesto en el capítulo II, tít. XXII, lib. III de este Código.

ORÍGENES

Ley 50, tít. V, Partida 5.ª
Arts. 36 y 38, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Vendida una cosa á dos personas, el comprador que pagó el precio y adquirió la tenencia y posesion de la cosa vendida, debe ser preferido al otro que no llenó estos requisitos, aunque fuese anterior (Sent. 4 Mayo 1860).

En concurrencia de dos compradores á quienes se vende una cosa en tiempos diversos, debe haberla el que, habiendo pagado el precio, está en posesion de ella (Sent. 14 Octubre 1861).

La posesion de una cosa comprada, cuando no se ha satisfecho el precio en los plazos convenidos, ni se ha elevado el contrato á escritura pública, no es bastante por sí sola para dar preferencia al primer comprador respecto del segundo, que ademas de haber pagado el precio tiene á su favor una escritura pública, que sirviéndole de título y posesion al mismo tiempo le da derecho en la cosa (Sent. 14 Octubre 1861).

Segun la ley 50, tít. V, Partida 5.ª, cuando se vende á dos una misma cosa, si aquél á quien se vendió primeramente pasa á la tenencia de la cosa é paga el precio, ese la debe haber, e non el otro; y si el postrimero comprador pasare á la tenencia y á la posesion é pagase el precio, que él la debe haber é non el primero (Sent. 12 Julio 1869).

Vendida dos veces una misma cosa bajo un distinto concepto, es nulo el segundo contrato, por el error en que se hallaba basado (Sent. 20 Setiembre 1869).

Si aunque perfeccionado un contrato de venta no llegó á consumarse, por cuanto el vendedor sólo recibió una pequeña cantidad á cuenta del precio, y el comprador no entró en posesion de la finca, y despues el vendedor vendió realmente á otra persona la misma cosa, recibiendo en el acto, y á presencia del notario y testigos, el precio de la venta, escritura que se anotó preventivamente en el Registro de la propiedad y luégo se inscribió formalmente, ambos casos están comprendidos de lleno en la ley 50, título V, Partida 5.ª, que dispone que si el comprador segundo de una misma cosa pasase á la tenencia ó á la posesion ó pagase el precio, que él debe haber la cosa vendida que el primero (Sent. 12 Octubre 1875).

Aunque el primer comprador presentase en el mismo día en que se otorgó la segunda venta demanda ordinaria, ejercitando accion personal para que se compeliese al vendedor al otorgamiento de la venta, y de esta demanda se mandase hacer, y áun se hiciese, anotacion preventiva en el Registro de la propiedad, este hecho no la favorece, por cuanto no está comprendido el caso en ninguno de los señalados en el artículo 42 de la ley Hipotecaria, ni la anota-

cion pudo, por consiguiente, surtir los efectos que la atribuye el 44, y porque no se trata de crédito contraído con posterioridad contra el mismo deudor, sinó de calificar cuál de los dos compradores de una finca raíz debe ser preferido para conservarla ú obtenerla (Sent. id. id.).

COMENTARIO

Podía presentarse el caso de que el dueño de una cosa la enajenase á dos personas diferentes, naciendo, por consiguiente, la dificultad de cuál debía ser considerado como el principal y verdadero adquirente.

A esta dificultad podían darse dos soluciones diferentes: una fundada en el título, otra que tuviese por base un hecho.

La primera consistiría en adjudicar la cosa vendida al primer comprador, habida consideracion á su prioridad: la segunda, que es la aceptada por nuestras leyes, la adjudica al que de ellos haya pagado el precio y tomado posesion de la cosa.

El proyecto de Código, y muchos Códigos extranjeros, admiten el mismo principio, y de acuerdo con nuestra ley de Partida trasfieren la propiedad de la cosa al primero que haya tomado posesion de ella con buena fe, cuando se trate de bienes muebles: mas tratándose de inmuebles, aquél adquiere la propiedad y el mejor derecho, que haya inscrito ántes su título en el Registro correspondiente.

Tratándose de los bienes muebles es más lógica nuestra ley de Partida que el proyecto de Código, y eso que establecen la misma regla. Sin embargo, la ley de Partida toma por base el principio de que la perfeccion del contrato no trasfiere la propiedad si no se acompaña de la entrega ó tradicion de la misma cosa; de cuyo principio se sigue, con todo el rigor de la lógica, que quien tomó primero posesion se hizo dueño, ora sea el contrato anterior, simultáneo ó posterior del celebrado por aquél que disputa la propiedad. Mas el proyecto á que nos referimos admite un temperamento distinto, cual es el de que, perfecta la venta, se trasfiere la plena propiedad al comprador. Relacionando ambos principios, resulta que si el primer comprador no tomó posesion, y sí el segundo, éste habrá adquirido del vendedor una cosa cuya propiedad no pertenecía á éste, ó que éste vendió una cosa cuya propiedad era de otro, y que es preferente el derecho del último adquirente al de aquél que ya era dueño, sin que le faltase para ello requisito de ninguna especie. Esto proviene de que se ha declarado innecesaria la tradicion, conservando al mismo tiempo alguno de sus efectos.

Cuando se vende á dos personas una cosa misma pueden presentarse los siguientes casos, que la ley prevé.

1.° Que la cosa sea propia del vendedor.

2.° Que sea de un tercero.

Tanto en el primero como en el segundo caso pueden señalarse otros dos: 1.°, que tome posesion y pague el primer adquirente: 2.°, que el segundo adquirente llene aquellos requisitos ántes que el adquirente primero. El presente artículo resuelve la dificultad en los dos casos que pueden presentarse, siendo el vendedor dueño de las cosas de que se trata. En los artículos siguientes se completa la doctrina de nuestras leyes.

Por último, debe tenerse presente, cuando se trate de la venta de bienes inmuebles, lo establecido en la ley Hipotecaria, especialmente en el art. 38, en que se ordena que no se rescindan en perjuício de terceros que hayan inscrito su derecho los contratos por la doble venta de una misma cosa, cuando por alguno de ellos no hubiere sido inscrita.

La ley Hipotecaria, pues, ha introducido una reforma esencialísima, no en cuanto se relaciona al derecho de los dos adquirentes, sinó en lo referente á los terceros que tengan algun derecho inscrito. Segun este sistema,—dice la exposicion de motivos de la ley,—resultará que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituídos ó traspasados, en cuanto conste su inscripcion en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripcion, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consuma por tradicion, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso: si se inscribe, ya se los traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, será dueño con relacion al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripcion.

Con lo dicho parécenos que queda bastante en claro la doctrina vigente acerca de este punto, y que resulta de la combinacion del derecho antiguo y de la nueva legislacion hipotecaria.

Véase en el tít. XXII de este libro lo que decimos sobre esta misma materia.

Artículo 1485.—En el caso del artículo anterior, el vendedor quedará obligado á devolver el precio y los daños y perjuícios al comprador á quien no se trasfirió la propiedad de la cosa vendida.

ORÍGENES

Ley 50, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Tenudo es el vendedor de tornar el precio á aquel que á postremas, si lo habia recibido con todos los daños é los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente. Nada es más natural ni más claro que este precepto de la ley. No necesita, por lo mismo, de otra explicacion.

Artículo 1486.—El vendedor de cosa ajena deberá restituír el precio, y los daños y perjuícios al comprador, si éste ignoraba que la cosa era de otro.

Lo contrario se observará cuando el comprador supiere que la cosa no era del vendedor, á ménos de haberse obligado éste á la eviccion.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XII, lib. I, Fuero Real.
Leyes 19 y 54, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Es válida, fijando con claridad y precision los efectos de tales enajenaciones, en el caso que no puedan subsistir (Sent. 14 Noviembre 1859).

La venta de cosa ajena sin el consentimiento de su dueño no es válida sinó en cuanto á los efectos señalados en la ley 19, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 21 Mayo 1861).

Consentida y ejecutoriada la sentencia declaratoria de la nulidad de unas enajenaciones hechas por persona que carecía de autorizacion para ello, debe reputarse la tal persona como vendedor de cosa ajena, y en su consecuencia entregarse los bienes á su legítimo dueño, sin obligarle á devolver á los compradores el precio que dieron por ellos (Sent. 6 Octubre 1862).

COMENTARIO

El Fuero Real estableció que «ningun ome venda casa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandado é voluntad de su señor: ó si alguno lo fiziere, non vala, é haya la pena que manda la ley...»

Esto que, como expresa Gutierrez, era lo más justo, ha sido contrariado por la ley de Partida, que declara que «cosa ajena vendiendo un ome á otro, valdrá la vendida.»

Para determinar los derechos y obligaciones del comprador y vendedor de cosa ajena, enumeraremos los casos que pueden presentarse. Estos son:

1.º Que el comprador ignore que la cosa no pertenecía al vendedor, y éste sepa que la cosa es ajena.

2.º Que el comprador sepa que la cosa es de otro que el vendedor, y éste ignore esta circunstancia y la crea suya.

3.º Que ambos sepan que la cosa es de un tercero.

4.º Que ambos ignoren que la cosa es de un tercero.

En el primero, vuelta la cosa á su legítimo dueño, deberá restituír el vendedor el precio recibido, con más los daños y perjuícios que se ocasionaron al comprador.

En el segundo caso, el vendedor no estará obligado á restituír el precio, aunque el dueño de la cosa *la torne despues por juicio*, á no ser que el vendedor respondiese por pacto expreso de la eviccion, ó, como dice la ley, *si cuando gela vendió, se obligó que lo tornase* (el precio) *si aquel cuya era la cosa, la demandasse é la cobrasse.*

Igual regla se observará en el caso tercero, pues que ambos sabían que la cosa enajenada no pertenecía al vendedor.

Ahora bien; en el caso cuarto, ¿estará obligado el vendedor á restituír el precio? ¿No ha de excusarle su error? Gutierrez expresa que la excepcion establecida en favor del comprador, por punto general no es aplicable al vendedor, en quien no tiene disculpa la ignorancia. Así tambien parece deducirse del texto de la ley, que no admite esta distincion, y así del mismo modo lo abona el precedente de que Juliano, previendo el caso de un individuo que vendió por error como esclavo un hombre libre, decidió que era responsable para con el comprador.

Cuando la cosa ajena fuere hurtada, si ambos contratantes sabían este orígen, ninguno de ellos queda obligado, y lo mismo si solamente lo ignorase el vendedor; mas si éste conocía el orígen furtivo de la cosa, deberá restituír el precio, daños é intereses. Así á lo ménos se expresan los autores, inspirándose para ello principalmente en el Derecho romano.

Artículo 1487.—Si una misma cosa ajena hubiese sido vendida á dos diferentes compradores, la propiedad se trasfiere al que primero haya tomado posesion de aquélla, aunque no hubiera pagado el precio, salvo el derecho del verdadero dueño, y lo dispuesto en el cap. II, tít. XXII, lib. III, de este Código.

ORÍGENES

Ley 50, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Puede todavía presentarse otro caso de mayor dificultad, es á saber: que una sola cosa ajena haya sido enajenada á dos compradores.

Partiendo del supuesto de que alguna de las ventas es válida, y de que el legítimo dueño de la finca no intente reivindicarla ¿cuál de los compradores tendrá derecho preferente?

Ante todo, debemos decir, con la ley, que si el tercero, dueño de la cosa, la quiere reivindicar, *salvo finca su derecho en ella.*

En otro caso, el que *ouiesse primeramente la possesion, aquel ha mayor derecho en ella: é aquel deue fincar, maguer non ouiesse pagado el precio.*

Artículo 1488.—Vendida una cosa ajena y dada posesion al comprador, si despues el vendedor adquiriese su dominio por título lucrativo y lo vende á otro, el primer comprador es dueño de la cosa vendida.

Vendida una cosa ajena, si despues el verdadero dueño la enajenase, el segundo comprador adquiere la cosa, á no ser que el primer vendedor estuviese legalmente autorizado para hacer la venta.

ORÍGENES

Ley 51, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 72, tít. I, lib. VI, Digesto.

Ley 31, tít. I, lib. XIX, Digesto.

COMENTARIO

Esta ley prevé y resuelve dos casos distintos de una manera tan terminante, que no hemos de necesitar poner más en claro sus conceptos.

Unicamente hemos de decir, en cuanto al segundo caso, que al expresar que el vendedor *estuviese legalmente autorizado para hacer la venta*, se comprenden en esta frase, no sólo el caso de que hubiere recibido poder del verdadero dueño, autorizándole para ello, sinó tambien cuando por otra razon se hallase investido con la facultad de vender válidamente, «como si la touiesse á peños, é cuando le fué empeñada la rescibió á tal pleito que la pudiesse vender si gela non quitassen á dia señalado,» ú otros casos análogos.

Artículo 1489.—Vendida una cosa ajena en nombre de su dueño, pero sin su consentimiento ni noticia, es válido el contrato, si éste lo ratifica.

Si la cosa ajena no fuere vendida en nombre de su dueño, y el comprador obró de buena fe, ignorando que la cosa era de otro, puede prescribirla, debiendo el vendedor restituír el precio; si el comprador no ignoraba aquella circunstancia, no adquirirá el dominio de la cosa, ni podrá prescribirla.

Háyase hecho la venta ó no en nombre del dueño, puede éste, si la cosa se destruyó despues de perfeccionado el contrato, tenerlo por válido, reclamando del vendedor la entrega del precio.

ORÍGENES

Ley 54, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Hablando con propiedad, la venta de cosa ajena no es válida más que en un caso, esto es, cuando el dueño de la cosa dió facultad para vender, ó cuando, áun verificada la venta sin su consentimiento, la ratifica despues. En otro caso, esto es, si el dueño de la cosa ni dió su consentimiento ni ratificó la venta, ésta es nula en cuanto que el dueño puede reclamar la cosa de poder de quien la haya comprado, y por tanto el contrato no produce otro efecto que el que dejamos explicado en el art. 1486. La ley, sin embargo, dice que la venta es válida en ambos casos, solamente que en el segundo no produce el efecto de traspasar la propiedad de la cosa al comprador. Ésta es una sutileza de la ley romana, que ha pasado á las Partidas, pues su-

pusieron los jurisconsultos romanos que, en el segundo caso, el contrato no habia tenido por objeto trasmitir la propiedad de la cosa, sinó trasferir su posesion y eviccionar al comprador.

Nosotros hemos creído más oportuno, sin alterar con ello la doctrina vigente, decir que es válida la venta de cosa ajena cuando el dueño la consiente ó ratifica, y exponer los efectos de la venta de la misma cosa ajena cuando falta el consentimiento ó ratificacion de aquél.

La venta de cosa ajena sin el consentimiento de su dueño, no solamente produce los efectos que dejamos consignados en el art. 1486, sinó que cuando se hizo de buena fe por parte del comprador, puede prescribir la cosa si entra en posesion de ella, y es respetado en su posesion el número de años que exigen las leyes vigentes. En este caso, el dueño primitivo de la cosa no podrá reclamarla del adquirente, que tiene á su favor el lapso del tiempo; mas ¿podrá repetir contra el que vendió por el precio recibido?

La ley dice: «é es tenudo el vendedor en todas guisas de tornar el precio á aquel cuya era la cosa.» ¿Prescribirá este derecho, lo mismo que el de reclamar la cosa al adquirente?

Faltando la buena fe al comprador, la prescripcion es imposible, pues como veremos oportunamente, la buena fe es uno de los requisitos indispensables para adquirir derecho por el lapso del tiempo. No hay buena fe si el comprador sabía que la cosa no era del vendedor ni de aquel en cuyo nombre la vendía éste.

En cuanto al último párrafo del artículo que comentamos, únicamente hemos de decir que, en opinion de algunos autores, aunque la ley habla sólo del caso en que el objeto vendido se destruyó, debe entenderse lo mismo cuando es difícil su persecucion, como si hubiere sido llevado á remotas tierras.

De este último párrafo, puesto en relacion con el primero, resulta lo siguiente: Si la venta se hizo á nombre del dueño, puede éste ratificar la venta en todo caso: si la venta no se hizo á nombre del dueño, solamente podrá ratificarla en el caso de que los objetos vendidos se hubieren destruído.

Artículo 1490.—Vendida por Juez ó Tribunal competente una cosa ajena, en cumplimiento de una sentencia, es válido el contrato si se ha ajustado á las prescripciones legales y á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Ley 52, tít. V, Partida 5.ª
Leyes 32 y 34, tít. XXVI, Partida 2.ª

JURISPRUDENCIA

La venta judicial de bienes embargados se supone ejecutada por su dueño, en cuyo nombre obra el juez para el pago de lo sentenciado (Sent. 13 Diciembre 1866).

COMENTARIO

«Los jueces que han poder de fazer, mandar entrega por razon de su oficio, pueden mandar vender la cosa que assi fuesse entregada, por fazer cumplir la sentencia, é á quien quier que la comprare dél, passa el señorío de la cosa comprada al comprador...» Tal es el precepto de la ley, minuciosamente desenvuelto en las leyes 32 y 34, tít. XXVI, Partida 2.ª

La ley de Enjuiciamiento, principalmente en sus artículos 979 á 990 y 1374 á 1379, marcan los requisitos, formas y solemnidades que deben guardarse en las ventas judiciales para su validez y garantía de los interesados.

SECCION TERCERA

DEL SANEAMIENTO

Artículo 1491.—El vendedor, despues de entregada la cosa, queda obligado al saneamiento, respondiendo:

1.° De la posesion pacífica de la cosa vendida (*a*).

2.° De los vicios ó defectos ocultos que tuviere (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 32, tít. V, Partida 5.ª

(*b*) Leyes 63 y 65, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1625, Cód. Francia.—1481 Italia.—1525 Holanda.—2451 Luisiana.—Sustancialmente con: Art. 1581, Cód. Portugal.—1155 Vaud.—1271 Neufchatel.—1459 Friburgo.—Leyes 3.ª y 11, tít. I, lib. X, Digesto.—Ley 38, tít. I, lib. XXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Perfeccionado el contrato de compra-venta, el vendedor únicamente queda obligado, respecto al comprador, á la eviccion y saneamiento en el caso de ser perturbado en la posesion de la cosa comprada (Sent. 14 Marzo 1863).

La cláusula de eviccion en la compra-venta es garantía en favor del comprador, de que el contrato se hará efectivo en todas sus partes (Sent. 12 Febrero 1877).

COMENTARIO

La palabra *saneamiento* quiere decir tanto como asegurar ó responder de que la cosa se entrega sana, y por consiguiente que se indemnizará el daño que pueda resultar en otro caso.

En este sentido el vendedor está obligado á entregar la cosa *sana*, ó respondiendo de su saneamiento.

La responsabilidad que el saneamiento impone al vendedor es de dos diversos órdenes, segun expresamos en el artículo.

El primero tiene lugar en el caso de *eviccion*, es decir, cuando un tercero recupera judicialmente aquella cosa por serle propia; por eso dice la ley: «quita é libre de todo embargo deue ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quisiere embargar, ó moverle pleyto sobre ella, la deue facer sana.»

El segundo tiene lugar cuando la cosa fuere defectuosa, «camello ó mulo ó otra bestia, vendiendo un ome á otro que oviesse alguna mala enfermedad ó tacha porque valiesse menos...» En este caso los efectos son diversos.

Observaremos que usamos las palabras *eviccion* y *saneamiento* en el verdadero sentido que en nuestro sentir tienen, pues muchos autores de reconocida ilustracion suelen incurrir en confusiones y oscuridades al tratar esta materia. Algunos dan el nombre de eviccion al remedio establecido por el derecho en favor del comprador que ha sido inquietado ó perturbado en su posesion. Otros tambien dicen que eviccion es el saneamiento y seguridad que se da de responder siempre del precio de la cosa vendida, pagada ó prestada, de lo cual resulta que no establecen distincion entre las palabras *eviccion* y *saneamiento*, cuando en realidad son dos cosas completamente diferentes, como se comprende desde luégo por lo que dejamos dicho en este comentario.

La responsabilidad del vendedor se llama saneamiento, y esta responsabilidad nace en los dos casos que determina el artículo; uno de ellos es cuando un tercero perturba ó despoja judicialmente al comprador de la cosa vendida; en este caso hay eviccion, nombre que recibe el acto del tercero que recupera judicialmente aquello que el comprador estaba poseyendo por el justo título de compra-venta. Por eso la frase de que el vendedor está obligado á *eviccionar* no es muy propia ni adecuada; su obligacion es á *sanear*.

§ I

Del saneamiento en caso de eviccion.

Artículo 1492.—Inquietado judicialmente el comprador, saldrá á la defensa el vendedor, y en su defecto sus herederos, si fuesen requeridos para ello en tiempo y forma, y seguirán el pleito á sus expensas, hasta dejar al comprador en la quieta y pacífica posesion de la cosa vendida.

ORÍGENES

Leyes 32 y 36, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Arts. 1626 y 1627, Cód. Francia.—158, 1046 y 1047 Portugal.—1482 y 1486 Italia.—1526 y 1530 Holanda.—135, tít. XI, parte 1.ª, Prusia.—1624 y 1625 Bolivia.—922 y 923, cap. XXIV, parte 2.ª, Austria.—1156 y 1160 Vaud.—1272 y 1876 Neufchatel.—Leyes 1.ª, 7.ª, 19, 37, 56 y 60, tít. II, libro XXI, Digesto.—Ley 33, tít. IV, lib. II, Código.

JURISPRUDENCIA

Los requisitos que han de preceder al ejercició de la accion de eviccion y saneamiento, segun lo prescrito en las leyes de Partida, y con especialidad en la 32, tít. V, de la Partida 5.ª, sólo tienen lugar y deben observarse cuando es un tercero el que inquieta, perturba ó demanda al comprador de una cosa, pero no cuando el que practica estos actos sea el vendedor de ella; pues en este caso procede y puede usarse desde luégo la referida accion, sin exigir previamente el cumplimiento de aquellas disposiciones, porque sería inútil requerir y citar para la defensa al mismo que causaba la perturbacion (Sent. 5 Octubre 1863).

La eviccion de que trata la ley 32, tít. V, Partida 5.ª, no sólo comprende la devolucion del precio entregado por la cosa de que es desposeído el que con justo título la adquirió, sinó el resarcimiento de daños y perjuicios con tal motivo sufridos (Sent. 3 Febrero 1863).

Aunque las disposiciones de la expresada ley se refieren al contrato de compra-venta, es doctrina inconcusa que la obligacion de sanear va unida como condicion esencial á todo contrato oneroso (Id., id., id).

Para que tenga lugar la eviccion y saneamiento, tanto en la compra-venta como en los demás contratos en que proceda, es necesario que se ejercite directamente la accion contra la persona que se obligó, ó sus herederos, ó contra aquéllos de quien traen causa los demandantes (Sent. 12 Junio 1863).

Si bien debe entregarse al comprador la *cosa vendida, quita é libre de todo embargo*, segun ordena la ley 32, tít. V, Partida 5.ª, para hacer efectiva esta responsabilidad se necesita, conforme á la misma ley, y como circunstancia indispensable, que apareciendo *el embargo*, se requiera y haga saber por aquél al vendedor (Sent. 30 Junio 1864).

La sentencia que releva al vendedor de la obligacion de sanear al comprador, infringe la ley 32, tít. V, Partida 5.ª (Sents. 29 Diciembre 1863 y 4 Mayo 1865).

Es condicion del contrato de compra-venta la de quedar obligado, por regla general, el vendedor á hacer sana y segura al comprador la cosa vendida; y esta obligacion trae consigo la de amparar y defender el derecho á la cosa vendida, si sobre ella se moviere pleito por alguno, adquiriendo en su virtud el vendedor la personalidad necesaria para comparecer al efecto en juício (Sent. 9 Junio 1865).

La ley 36, tít. V, Partida 5.ª, confirma las expresadas disposiciones, imponiendo al comprador la obligacion de defender en juício la cosa comprada, si el vendedor, oportunamente citado de eviccion, no se presentase á verificarla (Sentencia 10 Junio 1865).

Segun las leyes 32 y 36, tít. V, Partida 5.ª, y la doctrina fundada en las mismas que ha consignado en sus sentencias el Tribunal Supremo, es condicion natural del contrato de venta, como no se pacte expresamente lo contrario, que el vendedor queda obligado á hacer sana y segura la cosa vendida, si se moviere pleito sobre ella,

derivándose de esta obligacion la de salir á la defensa del pleito al mismo vendedor (Sentencia 1.º Febrero 1871).

Ya sea el poseedor de la cosa litigiosa demandante ó demandado, siempre es eficaz su derecho para que el vendedor le eviccione ó sanee la cosa vendida y sobre la cual se le mueve pleito ó se eleva alguna mala voz; mucho más en el caso de que la demanda negatoria de servidumbre haya sido una consecuencia necesaria del interdicto de recobrar que vino á establecerla sobre la finca, sin más antecedentes ni justificacion que una simple informacion testifical, dada sin audiencia del poseedor de la misma (Sent. id. id).

Cuando la citacion de eviccion, la presentacion en el juício del vendedor, y la declaracion de ser parte legítima en tal concepto, y obligado como tal á defender los derechos del poseedor de la cosa vendida, se hacen con conocimiento del que trata de recobrar una servidumbre que se dice impuesta sobre la misma, el cual consintió ambos autos proveídos, y luégo tardíamente impugnó la personalidad, ó sea el derecho que asiste al vendedor para defenderse, la sentencia que accede á la pretension del que entabló el interdicto, cuando anteriormente y por sentencia firme se declaró que no le asistía tal derecho, contraviene á la cosa juzgada en aquellos autos, que sólo pudieron reclamarse en tiempo oportuno y por los medios que establece la ley de Enjuiciamiento civil, y ademas las dichas leyes de Partida, así como la 2.ª, título VII, Partida 3.ª, y las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales, de que las providencias contra las que no se interpone recurso alguno, quedan consentidas y ejecutoriadas, y deben surtir sus efectos, y de que es condicion del contrato de compra-venta la de quedar obligado, por regla general, el vendedor á hacer sana y segura al comprador la cosa vendida, y que esta obligacion trae consigo el amparar y defender el derecho si sobre ella se moviere pleito por alguno, adquiriendo en su virtud el vendedor la responsabilidad necesaria para comparecer en juício (Sent. id. id.)

El saneamiento por eviccion es una condicion natural del contrato de compra-venta y cesion de crédito, por medio de la cual el vendedor promete al comprador, como garantía de la enajenacion, devolverle el precio de la cosa ó darle otra equivalente, caso de ser vencido en juício y despojado de la cosa vendida (Sent. 22 Abril 1876).

El comprador tiene derecho á la eviccion y saneamiento, ya sea demandado ó ya demandante, por verse inquietado en la cosa comprada (Sent. 19 Octubre 1877).

COMENTARIO

Dicen los autores oportunamente que el saneamiento, en caso de eviccion, es una condicion *natural* del contrato, pero que no es *esencial* en el mismo. Esto quiere decir que dicha obligacion pesa sobre el vendedor sin necesidad de pacto expreso; pues aunque por Real Cédula de 15 de Octubre de 1805, inserta en la ley 1.ª, título V, lib. I, del Suplemento á la Nov. Rec., se ordenó que en la venta de bienes eclesiásticos se hiciera constar en las correspondientes escrituras la cláusula de saneamiento en caso de eviccion, este precepto únicamente puede tener aplicacion á los casos de que la misma Cédula se ocupa, segun ha declarado el Tribunal Supremo en 21 de Marzo de 1865.

Así, pues, en todo contrato de compra-venta se supone implícita la obligacion del saneamiento; por eso decimos que ésta es una condicion natural del contrato.

Pero añadimos que no es *esencial* al mismo, porque puede renunciarse, pactándolo así expresamente, sin que por ello pierda el contrato su propia naturaleza.

¿Cuáles son los efectos del saneamiento? ¿Cuáles son los efectos de su renuncia ó pacto en contrario? Nos ocuparemos con la debida separacion de unos y otros efectos.

«Luego quel movieren pleito,—dice la ley,—tenudo es el comprador de fazerlo saber al gela vendió.» El objeto de este requerimiento que ha de hacerse al vendedor ó á sus herederos, es el que determinamos en el artículo, esto es, que el vendedor ó sus causa-habientes sigan el pleito á sus expensas hasta dejar al comprador en la quieta y pacífica posesion de la cosa vendida, ó en otro caso, abonar el precio íntegro que recibió por virtud del contrato de compraventa.

Tal es el efecto principal del saneamiento. Esta doctrina se desenvuelve en los artículos sucesivos.

En cuanto á los efectos del pacto en contra del saneamiento, la ley no los determina concretamente; pero relacionando este punto con otros de nuestro derecho, los autores han formado la doctrina que puede tener aplicacion á estos casos.

En primer lugar, dice Escriche que áun cuando se pacte la libertad ó exencion de toda responsabilidad, quedará, sin embargo, sujeto el vendedor á lo que resultare de un hecho que le fuere propio y personal; de modo que cualquier convencion en contrario sería nula. Si habiendo el vendedor hipotecado, por ejemplo, la cosa vendida, ó enajenádola anteriormente á otra persona, oculta al comprador la eviccion que puede resultarle y estipula que ha de quedar libre de toda garantía, es lo mismo que si estableciese que no había de ser responsable de su dolo, y un pacto de esta especie no tiene valor ninguno: *Pacta quæ turpem causam continent, non sunt observanda.*

Es tambien opinion de los autores que la exoneracion de toda responsabilidad no libra al vendedor, en el caso de eviccion, de restituír el precio, puesto que su entrega por el comprador fué mediante la condicion de obtener la propiedad de la cosa, y no habiéndose esto realizado, falta la causa del pago. Sin embargo, expresa el autor ántes citado, que no estará obligado el vendedor ni áun á restituir el precio si el comprador sabía en el acto de la venta el peligro que había de eviccion, ó si tomó á su cargo todo riesgo, porque entónces la venta participa de la naturaleza de los contratos aleatorios, dependiendo las ventajas ó pérdidas del comprador de un acontecimiento incierto, que se habrá tomado en consideracion para fijar el precio.

El proyecto de Código declara nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la eviccion, siempre que hubiere mediado mala fe por parte suya, por ser torpe y contra las buenas costumbres. ¿Qué precio es el que deberá restituír el vendedor que se eximió por pacto del saneamiento? Algunos autores dicen que deberá restituír la misma cantidad que recibió del comprador, aunque en la época en que acaeció la eviccion la cosa valiese ménos, pues lo que se hace es restituír un precio que se entregó sin causa, y por tanto, áun cuando haya disminuído el valor de la cosa ó se hubiere deteriorado por un hecho del comprador, no puede castigarse á éste por haber usado á su arbitrio de una cosa de que justamente se creía dueño. Tal es la opinion de Escriche, que añade: «mas si el comprador hubiese sacado alguna utilidad del destrozo, demolicion, ó deterioro hecho por él mismo, como si habiendo derribado un edificio hubiese vendido los materiales, justo será que el vendedor le descuente del precio que debe restituírle, una cantidad igual á dicha utilidad ó aprovechamiento.» Cuya regla,—añadimos nosotros,—no podrá observarse en el caso de que el comprador hubiere sido condenado á abonar al eviccionante el importe de aquellos deterioros ó de aquellos materiales que vendió.

Si la cosa hubiere mejorado de tal modo que valiese más al tiempo de la eviccion que al de la venta, expresa aquel autor que áun en el caso de ser la mejora independiente de todo hecho del comprador, como, v. gr., en el caso de haberse aumentado por aluvion, está obligado á pagarle el vendedor, no sólo el precio recibido, sinó tambien el correspondiente al mayor valor que la cosa tiene en el acto del despojo: el precio recibido como pagado sin causa y el precio excedente, como reparacion del perjuício causado por la eviccion de que es responsable.

El proyecto de Código resume en un artículo su doctrina en el caso de haberse renunciado el saneamiento. Cuando el comprador,—dice,—hubiere renunciado el derecho al saneamiento para el caso de eviccion, llegado que éste sea, debe el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa al tiempo de la eviccion, á no ser que el comprador hubiera hecho renuncia con conocimiento de los riesgos de la eviccion y sometiéndose á sus consecuencias.

El Código frances (art. 1629) y casi todos los demas ordenan que el vendedor devuelva el precio mismo que recibió por el contrato que le ha hecho responsable; cuya solucion, lo mismo que la aceptada por Escriche y los autores, combate Goyena, quien encuentra chocante que el vendedor restituya todo el precio si la cosa se deterioró y haya de abonar lo que de más valiere si fuere mejorada, áun cuando la mejora no dependa de actos ó gastos del comprador. Es muy difícil,—dice,—cohonestar las aberraciones manifiestas contra la razon y la justicia: *qui sentit commoda sentiat et incommoda:* es imposible que el aumento de la cosa ó de su valor aproveche á uno, y no le perjudique su disminucion.

Con lo dicho basta para conocer las principales opiniones que se sustentan en este punto.

Artículo 1493.—El comprador debe notificar al vendedor la demanda de eviccion ántes de la publicacion de probanzas.

ORÍGENES

Leyes 32 y 36, tit. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Consignan un precepto análogo los: Artículos 1640 Cód. Francia.—1540 Holanda.—2495 Luisiana.—1497 Italia.—931 Austria.—143 y 146, tít. X, Prusia.—1638 Bolivia.—Leyes 53 y 59, tít. II, lib. XXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 32, tít. V, Partida 5.ª, tan luégo como se moviese pleito al comprador de una cosa, *es tenudo de facerle saber al que se la vendió ó á lo más tarde antes que sean abiertos los dichos de los testigos que fuesen aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él* (Sent. 12 Junio 1863).

La doctrina que sustentan Gregorio Lopez en las Glosas de la ley 32, tít. V, Partida 5.ª, Covarrubias y Gomez, de ser oportuna la citacion de eviccion hecha ántes de la conclusion ó de la sentencia del pleito, y áun en la segunda instancia, siempre que haya términos hábiles para la prueba, sobre estar en oposicion con el texto terminante de la ley, áun cuando fuera cierta, no constituye la verdadera doctrina legal, admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, para fundar en ella un motivo de casacion (Id. id. id.).

El comprador de una cosa pierde su derecho al saneamiento de ella por parte del vendedor, si cuando le fuese movido pleito sobre la misma, no lo hace saber y notificar á éste ántes de la publicacion de probanzas, segun terminantemente lo establecen las leyes 32 y 36, tít. V, Partida 5.ª, sin distinguir el caso de que el pleito se siga en presencia de los litigantes, de aquél en que se sustancie y termine en rebeldía de alguno de ellos (Sent. 17 Marzo 1865).

Si en el contrato se estipuló expresamente que, en el supuesto de que se hiciera al comprador alguna reclamacion por razon de los bienes, debería acto continuo dar conocimiento al vendedor, y éste asumir la defensa, si segun apreciacion de la Sala sentenciadora, contra la que no se ha alegado infraccion de ley ó doctrina legal, el vendedor tenía conocimiento de las reclamaciones hechas al comprador, el que ese conocimiento no se le diese por el comprador que sabía lo tenía, no puede conceptuarse como infraccion de la cláusula del contrato, en la que se pactó que se le había de dar por él para que el vendedor asumiere la defensa, cuyo fin se podía llenar del mismo modo cualquiera que fuese el conducto por el que llegasen á su noticia las reclamaciones (Sent. 28 Setiembre 1874).

Los requisitos que han de preceder al ejercicio de la accion de eviccion y saneamiento, segun lo prescrito en las leyes 32 y 36, tít. V, Partida 5.ª, sólo tienen lugar y deben observarse cuando es un tercero el que inquieta, perturba ó demanda al comprador de una cosa, pero no cuando el que practique estos actos sea el vendedor de ella, pues en este caso procede y puede usarse desde luégo la referida accion, sin exigir previamente el cumplimiento de aquellas disposiciones, porque sería inútil requerir y citar para la defensa al mismo que causaba la perturbacion (Sent. 2 Diciembre 1876).

COMENTARIO

Para conservar el comprador sus derechos íntegros es preciso que llene ciertas solemnidades. Una de ellas, la más principal, la única acaso, es la de notificar al vendedor la demanda de eviccion á fin de que acuda al litigio siendo parte en él, cuya notificacion y requerimiento habrá de practicarse precisamente ántes de la publicacion de probanzas *ante que sean abiertos los testigos que fuessen aduchos sobre aquella cosa en juizio contra él*. El precepto, un tanto oscuro, de la ley ha sido interpretado por el Tribunal Supremo repetidamente en el sentido que dejamos manifestado.

La notificacion y requerimiento hecho fuera de este tiempo no causa ya sus debidos efectos, y el vendedor queda libre de la obligacion de sanear.

Los requisitos que segun esta ley han de preceder al ejercicio de la accion del comprador, deben observarse cuando es un tercero el que intenta la eviccion, mas no cuando el que inquieta, perturba ó demanda fuere el mismo vendedor, pues en tal caso procede y debe usarse desde luégo la accion de saneamiento; porque, segun declara el Tribunal Supremo en 5 de Octubre de 1863, sería inútil requerir y citar para la defensa al mismo que causaba la perturbacion.

Enumeran los autores cuatro casos en los que entienden que puede prescindirse de la obligacion de cumplir con el requisito previo de que nos venimos ocupando. Son estos casos: 1.º, cuando es tan evidente y notorio el derecho del que pide la cosa, que no puede oscurecerse con ninguna prueba ni defensa que el vendedor hi-

cicre: 2.º, cuando el comprador es menor, y el vendedor tiene por otro noticia del litigio; 3.º, cuando la hubiese renunciado ó remitido expresamente el vendedor, como suele hacerse en las escrituras de venta; y 4.º, cuando el mismo vendedor la eludiese ó estorbase.

Haremos notar que estas excepciones no están basadas en ningun precepto legal expreso, por lo cual fácilmente serían rechazadas algunas de ellas en los Tribunales.

Artículo 1494.—Si el vendedor no quisiere amparar al comprador en su propiedad, y se verificase la eviccion, deberá éste ser indemnizado del precio y de los daños y perjuícios que se le ocasionaren.

ORÍGENES

Ley 32, tít. V, Partida 5.ª
Ley 6.ª, tít. X, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1630, Código Francia.—1530 Holanda.—1486 Italia.—1047 Portugal.—2482 Luisiana.—1625 Bolivia.—1160 Vaud.—1276 Neufchatel.—Leyes 7.ª y 60, título II, lib. XXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando el comprador es privado de la cosa comprada que posee de buena fe, tiene derecho á ser reintegrado de las mejoras necesarias y útiles que hubiese hecho en ella en cuanto aumentan su valor. La responsabilidad directa de abonar al comprador dichas mejoras no es del que le vendió la cosa, obligándose á la eviccion, sinó del dueño de ella que percibe la utilidad de lo mejorado (Sent. 24 Enero 1860).

La sentencia que declara procedente el saneamiento respecto á la devolucion de la cosa y lo niega en cuanto á los daños y perjuícios, infringe la ley 32, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 3 Febrero 1863).

Segun las terminantes disposiciones de las leyes 32 y 35, tít. V, Partida 5.ª, para que el comprador pueda reclamar del vendedor el saneamiento de la cosa comprada, es necesario que aquél sea vencido en el juício que sobre ella se le moviere (Sent. 10 Junio 1865).

La ley 36, tít. V, Partida 5.ª, igualmente que otras del mismo título, dejan al vendedor, aunque sea citado á debido tiempo, la facultad de presentarse ó no en juício á defender al comprador, si bien quedando responsable á indemnizar á éste, no solamente del precio de la cosa, en proporcion á la parte de ésta de que sea privado por sentencia judicial, sinó tambien de todos los daños y perjuícios que por tal motivo se le hubieren irrogado (Sent. 10 Junio 1865).

La eviccion no tiene lugar sinó cuando el comprador es privado por sentencia firme de la cosa vendida (Sent. 18 Abril 1873).

Los actos de aquiescencia posteriores á la venta sobre particulares, acerca de los cuales no contrajeron obligacion alguna comprador y vendedor, no pueden dar apoyo á la eviccion (Sentencia id. id.).

Segun la ley 32, tít. V, Partida 5.ª, el vendedor está obligado á hacer sana la cosa al comprador, y éste á poner en conocimiento de aquél el pleito que le haya movido ántes de publicarse las pruebas: y si despues no quisiese el vendedor amparar al comprador, ó no le pudiese defender á derecho, se halla obligado á volver el precio, con los daños y perjuícios que se ocasionen al comprador (Sent. 15 Diciembre 1873).

La ley 32, tít. V, Partida 5.ª, impone al vendedor la obligacion de sanear al comprador la cosa vendida cuando se le priva de ésta en virtud de sentencia judicial, á instancia de un tercero, previas las formalidades que en dicha ley se establecen (Sent. 24 Febrero 1877).

Esta accion es de las que se trasmiten á los herederos del que las contrae, y con doble razon, cuando resulta de la escritura de venta que el vendedor se obligó ademas á la eviccion y saneamiento de la finca vendida (Sent. id. id.).

COMENTARIO

Cumplido el requisito que la ley impone al comprador, puede el vendedor concurrir ó no al juício. Lo primero es lo pertinente, pero la ley no le obliga á ello, con tal que si llegare á decretarse la eviccion abone al comprador el precio de la cosa, con más la correspondiente indemnizacion de daños y perjuícios, si se le hubieren ocasionado, y entre los cuales se cuentan siempre los gastos y costas judiciales que se causaren.

En este lugar, renace la duda de cuál será el precio que habrá de restituír el vendedor, si el que tenian las cosas al tiempo de la eviccion, ó el que se entregó po virtud del contrato de

compra-venta. Véase lo que respecto á la diversidad de opiniones en esta materia decimos en el art. 1492.

El proyecto de Código determina más minuciosamente las responsabilidades del vendedor. Cinco son las obligaciones que enumera: 1.ª, la restitucion del precio; 2.ª, los frutos y rendimientos, si se ha condenado á entregarlos la propietario que le ha vencido en juicio; 3.ª, las costas del pleito que ha motivado la eviccion, y las del que hubiere seguido con el vendedor para el saneamiento; 4.ª, los gastos del contrato, si los pagó el comprador; y 5.ª, los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro placer ú ornato, si vendió de mala fe.

En nuestro derecho no se especifican estas responsabilidades, pero caben en las palabras *daños y menoscabos* que emplea la ley.

El comprador que ha sido absuelto definitivamente en juicio, sin que el demandante haya sido condenado en costas, ¿podrá repetir por las que á él corresponda pagar contra el vendedor? Algunos autores, fundándose en que la ley no hace responsable al vendedor más que en el caso de eviccion y en que el pleito injusto debe ser tenido por un caso fortuito de los cuales no responde el vendedor, entienden que el comprador no podrá repetir las costas en aquel caso. A Gomez, sin embargo, no le satisfacen estos argumentos, y dice que teniendo el vendedor que salir á la defensa del comprador, desde la denunciacion del pleito debe pagar las costas en el caso á que nos referimos, y por tanto, que podrá repetir contra él el comprador. Gutierrez expresa que es una desgracia que afecta únicamente al comprador.

Respecto al abono de impensas y mejoras hechas por el comprador, véase en la jurisprudencia de este artículo la sentencia de 24 de Enero de 1860.

Por último, la accion de saneamiento debe ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado, con arreglo al art. 5.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y no ante el que conoció del pleito en que tuvo lugar la citacion de eviccion, segun declaró el Tribunal Supremo en fallo de 17 de Setiembre de 1867.

Artículo 1495.—Si se hubiere estipulado la pena del duplo para el caso de que el vendedor no quisiese amparar al comprador en su propiedad, deberá aquél abonar el doble valor de la cosa, áun cuando sea superior que el doble precio en que se hizo la venta.

ORÍGENES

Ley 32, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Por el Derecho romano solia pagarse la pena del duplo áun sin pacto expreso; mas nuestra ley de Partida preceptúa que para que el comprador pueda exigir esta pena, es preciso que se haya convenido así cuando se celebró la venta.

Nótese que en el caso de esta pena *non se entiende que le deue pechar el precio doblado tan solamente, mas la cosa doblada maguer más valiesse*, es decir, que el doble se ha de entender, no del *precio* de venta, sinó del *valor* de la cosa.

Artículo 1496.—Si requerido en tiempo y forma el vendedor toma parte en el juicio, contra él deberá dirigirse el demandante. Si el vendedor no quisiera ser parte en el pleito, seguirá éste contra el comprador, el cual podrá ejercitar oportunamente el derecho que le confieren los dos artículos anteriores.

ORÍGENES

Ley 33, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Saliendo el vendedor á la eviccion de la finca vendida, toma sobre sí la responsabilidad de la demanda entablada por un acreedor hipotecario, no faltando la Sala, al imponérsela, á la congruencia que racional y jurídicamente debe haber entre la sentencia y las cuestiones debatidas en el litigio (Sent. 1.º Julio 1870).

COMENTARIO

Es potestativo en el vendedor tomar parte en el juicio ó no. En el primer caso, deberá sostener el pleito, y contra él habrá de dirigir su accion el eviccionante, sin que éste pueda, en sentir de Lopez, oponerse á ello.

En el segundo caso, el comprador continuará el litigio, y á salvo queda su derecho para ejercitar oportunamente la accion que la ley le

confiere, para reclamar en su caso el precio y los daños y perjuicios.

Artículo 1497.—En la venta de una masa universal de bienes, sólo estará obligado el vendedor al saneamiento con respecto á la totalidad de ellos, mas no en cuanto á cosas determinadas (*a*).

En la venta de una ó varias cosas particulares, el vendedor responderá del saneamiento de cada una de ellas (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 34, tít. V, Partida 5.ª
(*b*) Ley 35, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 34, tít. V de la Partida 5.ª, exime de la eviccion y saneamiento al vendedor de unas de las universalidades que señala cuando el comprador no es vencido respecto al todo ó la mayor parte de la misma.

La ley 35 del mismo título y Partida se refiere al caso en que se vende una sola cosa compuesta de partes integrantes é inseparables (Sent. 17 Marzo 1880).

COMENTARIO

«Si uno que fuesse establescido por eredero, vendiesse á otro todo el derecho que auia en los bienes, é en la eredad, del que le establesció por su eredero, maguer acaezca despues que á tal comprador venzan por juicio alguna cosa señalada de los bienes, con todo, tal vendedor non es tenudo de fazerla sana aquella cosa señalada. Mas si por toda la eredad le vencieren, tenudo seria de facerla sana la eredad ó de pecharle el precio que rescibió por ella, con todos los daños é menoscabos. Lo mismo seria si un ome comprasse todas las rentas de un almoxarifadgo ó de alguna eredad...»

«Nave, casa ó cabáña de ovejas ó cosa semejante, vendiendo un ome á otro con las cosas que le pertenescen, si venciessen al comprador en juicio por alguna cosa señalada de aquellas, tenudo es el vendedor de fazerla sana al comprador, como si le venciessen por toda la cosa principal sobre que fué fecha la vendida.»

La diferencia entre el precepto de una y otra ley estriba en que en el primer caso se vendieron *universalidades*, y en el segundo se vendieron diversas individualidades, ó una sola, compuesta de varias partes integrantes.

Artículo 1498.—El vendedor deja de estar obligado al saneamiento en caso de eviccion:

1.º Si no se notificó al vendedor el pleito ántes de la publicacion de probanzas.

2.º Cuando sin conocimiento y mandato del vendedor se somete á árbitros la decision del litigio, y dieren sentencia contra él.

3.º Si por culpa del comprador se perdiese la posesion de la cosa.

4.º Si abandonó y perdió la cosa el comprador.

5.º Si la sentencia contraria se dictare en rebeldía del comprador.

6.º Si pudiendo oponer el comprador el derecho de prescripcion, dejó de utilizarle.

7.º Si el comprador no apeló de la sentencia, no estando presente el vendedor.

8.º Si la venta de que se trate hubiese tenido lugar con ocasion del juego.

9.º Si la cosa vendida fuere de las que no están en el comercio de los hombres.

10. Si el Juez ó Tribunal dictare á sabiendas sentencia injusta contra el comprador, porque entónces aquél debe sanear la cosa comprada.

ORÍGENES

Ley 36, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 36, tít. V, Partida 5.ª, no tiene lugar el saneamiento de la cosa vendida cuando se dió sentencia sobre ella no estando delante el vendedor, y no apeló el comprador (Sent. 16 Setiembre 1867).

La ley 36, tít. V, Partida 5.ª, que previene que no se da derecho de eviccion cuando el comprador dejó de apelar de la sentencia dada en ausencia del vendedor, no es aplicable al pleito en que se apeló y dió sentencia en segunda y última instancia, y en que si bien se interpuso recurso de casacion, como éste es extraordinario y de índole diversa de la apelacion de que habla dicha ley, no puede ser nunca una tercera instancia, y por consiguiente el pleito

quedó legalmente fenecido en presencia de las partes que en él contendian (Sent. 12 Octubre 1870).

La ley 36, tít. V, Partida 5.ª, se refiere al contrato de compra-venta, y tiene por objeto señalar los casos de excepcion en que el vendedor no está obligado á sanear la cosa vendida; cuya ley no puede, por lo mismo, tener aplicacion al pleito en que se trata de indemnizacion de perjuicios. Tampoco lo tiene al caso la ley 15, tít. XII, Partida 5.ª, que se contrae á los fiadores, y á los medios y forma en que han de alegar sus excepciones los que los *metieron en fiadura* (Sent. 22 Enero 1874).

La ley 32, tít. V, Partida 5.ª, impóne al vendedor la obligacion de sanear al comprador la cosa vendida, y la 36 del mismo título y Partida establece taxativamente los casos de excepcion á esta regla general (Sent. 28 Marzo 1877).

La ausencia voluntaria del comprador, sin dar conocimiento de su nueva residencia, debe ceder en perjuicio suyo, y no del vendedor.

COMENTARIO

El caso 1.º de este artículo quedó suficientemente explicado en uno de los anteriores.

Por lo que hace al párr. 2.º, algunos autores consideran extensivo su precepto al caso en que el comprador prorogó espontáneamente la jurisdiccion en juez que no fuese el suyo.

En el tercer caso, debe entenderse comprendido, segun el comun sentir de los autores, el de que habiéndose convertido el comprador de poseedor en demandante, fuese vencido en el pleito de propiedad.

No necesitan explicacion los párrafos 4.º, 5.º y 6.º

En el caso del párr. 7.º, dice Lopez que las palabras de la ley, *non estando delante el vendedor*, se han de entender cuando la causa era mala ó dudosa, porque si la causa fuese buena, aunque la sentencia se hubiese dado hallándose presente el vendedor, estaría obligado á apelar: y cuando la sentencia se hubiere pronunciado en ausencia del vendedor, el saneamiento procedería aunque no se apelase, si la sentencia fuese conocidamente justa ó siquiera dudosa (Glosa 8.ª).

En cuanto al contenido del párr. 8.º, suelen limitarlo los autores al caso en que se trate de juegos ilícitos, por tener la disposicion algo de penal.

Por último, cuando la sentencia es injusta, quien debe sanear es el Juez ó Tribunal que la dictó; mas para ello exige la ley que la hubiere dictado *á sabiendas*. Sin embargo, Covarrubias y Gregorio Lopez entienden que tanto da que la sentencia sea injusta por malicia del juez, como por su impericia, pues que en ambos casos incurrirá en la misma responsabilidad; cuya opinion no encontramos arreglada á lo dispuesto por la ley al decir *diere sentencia torticeramente á sabiendas*.

§ II

Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa.

Artículo 1499.—El vendedor está obligado al saneamiento por los gravámenes y defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan valer ménos, ó que hagan inútil ó peligroso su uso.

ORÍGENES

Leyes 63 y 65, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1641, Código Francia.—1542 Holanda.—1498 Italia.—2496 Luisiana.—1172 Vaud.—1288 Neufchatel.—1641 Bolivia.—Ley 1.ª, tít. I, lib. XXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Las leyes que tratan de los vicios de la cosa vendida, no manifestados por el vendedor, no son aplicables al caso de valuacion de desperfectos ocasionados en el tiempo que media entre la tasacion de la misma y su entrega al comprador (Sent. 14 Abril 1859).

La ocultacion de una servidumbre puede ser causa para que no se cumpla una venta (Sent. 20 Febrero 1861).

La regla general de la ley 63, tít. V, Partida 5.ª, que impone al vendedor la obligacion de sanear al comprador, no tiene aplicacion al caso especial de que trata la ley 63 del mismo título y Partida (Sent. 25 Junio 1859).

Cuando una finca se vende como libre de toda carga, gravámen ó servidumbre, y luégo aparece una, el vendedor debe responder al comprador de la eviccion y saneamiento (Sentencia 4 Mayo 1865).

Para que tenga aplicacion la ley 65, tít. V, Partida 5.ª, se exige como condicion precisa que el vendedor sepa la enfermedad de la bestia vendida, y la oculte (Sent. 7 Diciembre 1859).

Al ceder un comprador de una finca del Estado, que con otras se hallaba afecta al pago de un censo, ignorándose sobre cuál de ellas se subrogaría tal gravámen, dicha finca, es claro que lo hizo con todas las condiciones y gravámenes con que él la había adquirido, sin que la expresion de que se vendía libre de todo censo pudiera referirse á que aún no se sabía si quedaría ó no libre de él la finca cedida, sinó á cualquiera otro con que apareciese gravada (Sent. 23 Mayo 1873).

Aun suponiendo que el cesionario hubiera podido entablar contra el cedente la accion de saneamiento, habría perdido todo derecho á ejecutarlo desde el momento en que reconoció a subrogacion del censo en la finca y entró en negociaciones con la Hacienda pública acerca de si la capitalizacion se había de hacer al 5 por 100, ó al 3, puesto que, léjos de obrar así, debió resistir abiertamente la subrogacion hasta quedar vencido, tanto en la vía administrativa como en la contenciosa, si quería conservar íntegro el derecho de exigir al cedente el saneamiento (Sent. id. id.).

En todo caso el cesionario sólo tenia derecho á ser indemnizado por los perjuícios que se le irrogaban á consecuencia de la subrogacion del censo; y habiendo acordado la Hacienda pública que se hiciera en el precio de la venta de la finca la rebaja proporcionada á la importancia del censo subrogado en la misma, tomando como base de la capitalizacion de la carga el tipo señalado al efecto en las disposiciones administrativas vigentes en la materia, no puede sostener eficazmente que se haya hecho agravio alguno (Sent. id. id.).

Por consecuencia, la sentencia que declara no haber lugar al saneamiento solicitado no infringe la ley 1.ª, tít. 1, lib. X, Nov. Rec., la del contrato, ni la 32, tít. V, Partida 5.ª, ni la doctrina legal establecida por el Supremo Tribunal, segun la que, cuando una finca se vende libre de todo censo y luégo aparece uno, el vendedor debe responder al comprador de la eviccion y saneamiento (Sent. id. id.).

COMENTARIO

El segundo caso en que el vendedor se halla obligado al saneamiento es en el de que los objetos vendidos adolezcan de ciertos defectos ó gravámenes. Mas para ello se requiere: 1.º, que los defectos ó gravámenes hagan valer ménos la cosa, ó la hagan inútil ó de uso peligroso, por lo cual dice la ley: «casa ó torre que debe servidumbre á otro ó que fuese tributaria vendiendo un ome á otro, callando el vendedor é non le apercibiendo dello á aquel que la compra, por tal razon puede el comprador desfacer..; otrosi si vendiesse un ome á otro un campo ó prado que sopiesse que criaba malas hierbas é dañosas para las bestias que las paciessen... cauallo, mulo, ó bestia vendiendo un ome á otro, que ouiesse alguna mala enfermedad ó tacha porque valiesse ménos...» Y 2.º, que estos defectos ó gravámenes sean ocultos.

Artículo 1500.—En el caso del artículo anterior, el comprador puede optar entre la rescision del contrato, abonándosele el precio y los daños y perjuícios que se le hayan ocasionado, ó rebajar una cantidad proporcional del precio por razon del gravámen ó defecto descubierto en la cosa.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrá reclamarse indemnizacion de daños y perjuícios al vendedor que ignorase los gravámenes y defectos de la cosa.

ORÍGENES

Leyes 63 y 65, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1644 Cód. Francia.—1501 Italia.—1543 Holanda.—1174 Vaud.—1291 Neufchatel.—778 Tesino.—1388 Valais.—1486 Friburgo.—Ley 18, tít. I, lib. XXI, Digesto.—Leyes 13 y 45, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Los dueños de fincas vendidas á censo, pero vendidas como libres de todo gravámen por un

ayuntamiento, pueden negarse á reconocerla dimitiendo las fincas y reclamando su precio (Sent. 30 Noviembre 1857).

Cuando una cosa se vende como libre, si luégo aparece que tiene sobre sí alguna carga, puede exigir el comprador que se deshaga la venta, abonándosele el precio con los daños y perjuicios que se le hayan seguido (Sent. 25 Junio 1859).

En el contrato de compra-venta, el vendedor está obligado á manifestar al comprador los vicios ó defectos de la cosa vendida y las cargas ó gravámenes que sobre sí tenga, porque no siendo visibles ó notorios y encubriéndolos, le induciría á error, faltando en este caso la buena fe y la libre voluntad y verdadero consentimiento de los contrayentes, que son los principios constitutivos y esenciales del contrato. De conformidad con ellos, la ley 63, tít. V, Partida 5.ª, impone como pena de su descuido ó mala fe al que vende casa ó torre sobre la que pese un gravámen que afecte á la propiedad ó menoscabe el pleno dominio, que no cumpliendo con el deber expresado, pueda el comprador pedir la rescision del contrato con el abono de daños y perjuicios (Sents. 2 Octubre 1867 y 24 Junio 1870).

Segun práctica y costumbre constantemente observadas y deducidas de terminantes disposiciones de nuestro derecho, el contrato de compra-venta de bienes inmuebles se entiende siempre celebrado con la implícita condicion de que del precio estipulado se satisfaga ó rebaje el importe de las cargas con que la finca se halle gravada, á no ser que los contrayentes establezcan lo contrario en pacto expreso y terminante (Sent. 24 Junio 1870).

Cuando se vende una cosa alzadamente ó á precio alzado, esta frase no constituye ni expresa ni tácitamente el pacto de que el comprador tome sobre sí, ademas del pago del precio, el de las cargas con que se hallase gravada la finca, porque ni gramatical ni jurídicamente puede tener tal significacion, ni puede explicarse por otro objeto que el de suprimir ciertos trámites y diligencias previas, tales como el reconocimiento, medicion y valoracion periciales de la finca, y otras semejantes (Sent. id. id.).

Al establecer las leyes 64 y 65, tít. V, Partida 5.ª, la obligacion del vendedor de devolver al comprador el precio total ó parte del mismo, segun los casos á que se refiere, no se extienden á fijar las reglas que se han de observar para la tasa ó avlaúo del importe de la falta, tacha ó menoscabo de la cosa vendida, lo cual, como cuestion de hecho, está sujeto y reservado á la apreciacion, que hay que respetar si contra ella no se alega infraccion alguna de ley ó doctrina legal (Sent. 26 Noviembre 1874).

COMENTARIO

Las leyes citadas en este artículo únicamente dicen que «por tal razon *puede el comprador desfazer la vendida:* é es tenudo el vendedor de tornarle el precio é los daños é menoscabos que le viniessen por esta razon.» Mas, como observa Lopez, la accion que esta ley concede al comprador es potestativa, y puede por lo mismo optar entre desfacer la vendida ó pedir una rebaja proporcional al defecto ó gravámen: *erit ergo per istam legem in electione emptoris aut velit stare emptioni et agere ad interesse,* dice el autor citado. Como ésta parece que es la interpretacion usual y corriente, no hemos tenido reparo en consignarla en el artículo. Por otra parte, la ley 65, tambien citada, habla de las dos acciones, concediendo diverso tiempo para entablarlas, bien que parece referirse únicamente al caso de que se trate de bienes muebles ó semovientes.

Los autores, sin embargo, hacen comunes estas disposiciones, tanto á los bienes muebles como á los inmuebles. La accion para reclamar del vendedor la rescision del contrato, devolviéndole la cosa y exigiendo su precio con los daños y perjuicios, recibe el nombre de *redhibitoria:* la accion para reclamar únicamente que se rebaje del precio una cantidad equivalente á lo que vale de ménos la cosa por razon del gravámen ó defecto, se llama *estimatoria,* y tambien *quanti minoris,* ó del cuanto ménos.

Debemos advertir, por último, que si bien el vendedor está obligado á restituir el precio siempre que se le reclame por razon de gravámen ó defecto oculto en la cosa vendida, solamente estará obligado á indemnizar daños y perjuicios cuando él mismo tuviere conocimiento de aquellos defectos; «mas si esto non sopiesse el vendedor cuando lo vendió, non seria tenudo más del precio tan solamente.»

Artículo 1501.—Las acciones otorgadas al comprador por el artículo anterior de rescindir la venta ó pedir que se rebaje la parte proporcional del precio, prescriben á los

seis meses y un año respectivamente, contados desde la celebracion del contrato.

ORÍGENES

Leyes 63 y 65, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

La accion *redhibitoria* prescribe á los seis meses, contados desde la celebracion del contrato de compra-venta.

La accion *estimatoria ó quanti minoris* prescribe al año, contado desde igual época.

A esto queda reducido el precepto del artículo.

Artículo 1502.—No podrá el comprador entablar las acciones á que se refieren los artículos precedentes:

1.º Si el vendedor manifestó los gravámenes y defectos de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato.

2.º Si así lo estipularon el comprador y el vendedor.

ORÍGENES

Ley 66, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Verificada la venta de un animal sin que el vendedor manifieste *paladinamente* la tacha que padecia, el comprador, *non seyendo sabidor*, no pudo aceptarlo ni recibirlo por suyo, con arreglo á la ley 66, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 28 Marzo 1863).

Cuando una persona vende á otra bienes determinados, heredados de su padre, y ademas todos los derechos que poseia, le pertenecían ó pudieran pertenecerle de la misma procedencia, manifestando que obraba con pleno conocimiento de causa y renunciando el remedio de lesion, así como el comprador renunció el de eviccion y saneamiento, se comprende que ambas partes han aceptado de comun acuerdo las eventualidades que pudieran favorecerles ó perjudicarles, concurriendo perfecta reciprocidad de derechos y obligaciones (Sent. 26 Abril 1872).

No es aplicable la ley 63, tít. V, Partida 5.ª, que autoriza la rescision de la venta de casa ó torre que deba servidumbre á otra á que fuese tributaria, ocultando el vendedor al comprador esta circunstancia, cuando, segun aprecia la Sala sentenciadora, aparece justificado de una manera terminante que el comprador tenía conocimiento, al verificarse la compra, del censo que pesaba sobre la casa (Sent. 24 Octubre 1873).

COMENTARIO

Cuando el vendedor manifestó los gravámenes y defectos de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, no puede el comprador reclamar contra aquél, pues que ya conocía dichos defectos, é indudablemente los tomó en cuenta al aceptar ú ofrecer el precio. Ademas, el saneamiento tiene por causa el fraude, y dicho se está que éste no existe cuando comprador y vendedor conocían los vicios de la cosa, sobre todo si el vendedor mismo los manifestó honradamente; mas para esto es necesario que el vendedor no expresara los vicios genéricamente, manifestándolos de tal manera que el comprador no pudiese enterarse bien de ellos, pues entónces, habiendo procedido el vendedor engañosamente, «será tenudo de recibir la cosa que assi vendiesse, é de tornar el precio.»

El segundo caso del artículo es «si se aviniessen en el precio ambos á dos, é fuesse fecha la vendida en tal manera que por tacha que ouiesse la bestia non lo podiesse desechar el comprador.» Lopez entiende que este pacto no sería válido si el vendedor conociese los vicios de la cosa y los ignorase el comprador; y Escriche, participando en cierto modo de esta opinion, dice que la accion redhibitoria y la estimatoria no pueden renunciarse para el caso de que hubiese dolo en la ocultacion, por ser nulo todo pacto en que se renuncie la prestacion del dolo.

Es comun el sentir de que la renuncia del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa no perjudica en nada al comprador en su accion por la lesion llamada enorme.

CAPÍTULO VI

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 1503.—El comprador está en la obligacion de entregar el precio de la cosa vendida, en el tiempo y lugar fijados en el contrato.

El comprador no adquiere el dominio sobre la cosa vendida, áun cuando le hubiere sido entregada, sinó mediante el pago del precio, ó si hubiere dado fiador ú otorgado fianza, ó se hubiere estipulado plazo cierto para pagar.

ORÍGENES

Ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 28, tít. V, Partida 5.ª
Art. 990, ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda en la primera parte con: Art. 1650, Código Francia.—1507 Italia.—1583 Portugal.—1549 Holanda.—2528 Luisiana.—1182 Vaud.—1394 Valais.—1648 Bolivia.—Ley 13, tít. I, libro XIX, y ley 19, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Se reputa designacion de un dia incierto en el pago del precio de una compra-venta, si los contrayentes le aplazan para cuando el vendedor entregue la documentacion que le exijan las oficinas del Estado, con objeto de acreditar su propiedad (Sent. 9 Febrero 1861).

No se infringe la ley 28, tít. V, Partida 5.ª, cuando únicamente se mande satisfacer el precio prometido por la cosa, y aceptado y fijado de una manera irrevocable (Sent. 25 Enero 1861).

Si bien la ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª, dispone que áun cuando el que hubiera vendido su cosa á otro se apoderara de ella, si el comprador no hubiese pagado el precio, ó dado fiador ó tomado plazo para pagar, ni pasaría á él por tal apoderamiento el señorío de la cosa, hasta que se pagase el precio, tambien determina que pasaría mediando alguna de aquellas circunstancias, aunque el precio no se hubiese pagado, quedando el comprador obligado solamente á pagarlo (Sent. 31 Marzo 1874).

El contrato de compra-venta se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, consumándose por la mutua entrega de uno y otro, y pasando el dominio de aquélla al comprador, aunque no satisfaga el precio, si hubiese *tomado plazo para pagar, ó dado fiador ó peños, ó si el vendedor se fiase en él*, segun lo dispone la ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª (Sent. 1.º Abril 1874).

Previniéndose en la ley 28, tít. V, Partida 5.ª, que el comprador debe pagar al vendedor el precio prometido, y el vendedor entregar á su vez la cosa vendida, claro y evidente es que no pactándose expresamente que la cosa vendida se entregue desde luégo al comprador, y que éste pagase en época ó día distinto el precio de la misma, se entiende por regla general que la entrega que respectivamente han de hacerse comprador y vendedor de la cosa y su precio, son actos simultáneos (Sent. 27 Abril 1874).

El comprador no puede exigir el cumplimiento de los derechos que crea corresponderle, si no cumple por su parte las obligaciones á que esos derechos dan lugar (Sent. 21 Mayo 1874).

No es admisible la excepcion alegada por el comprador, sobre que la titulacion debiera estar á satisfaccion de un notario determinado, cuando los vendedores niegan la existencia de tal condicion, sobre lo que se dan pruebas que aprecia la Sala sentenciadora en uso de sus facultades, estimando que de dicha condicion, que supone impuesta el comprador, resultaría el contrato pendiente de su capricho, cuando la condicion natural de toda venta de bienes inmuebles es la de que los títulos sean corrientes y no ofrezcan dificultad, sin que contra estas apreciaciones de la Sala se alegue la infraccion de ley alguna ó doctrina legal: por lo cual, no

dándose lugar á dicha excepcion, no se infringe el principio de *pacta sunt servanda* (Sent. 30 Junio 1874).

Sólo es aplicable la disposicion de la ley 28, título V, Partida 5.ª, que impone al comprador la obligacion de pagar el precio de la cosa comprada, cuando, construída la cosa contratada, se hubiere verificado la entrega (Sent. 24 Setiembre 1875).

Las leyes del Código romano, 20, *De pactis* y 27, *De reivindicatione*, y la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, sobre que hasta la tradicion de la cosa vendida no adquiere el comprador su dominio, se refieren á contratos y convenios particulares, y por tanto, no son aplicables ni se infringen en una sentencia que manda otorgar escritura judicial á favor de un rematante en subasta pública, despues de cuestiones judiciales, y en virtud de repetidos fallos ejecutorios; quedando la venta irrevocable, verificado el remate, segun lo dispone el art. 984 de la expresada ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 30 Diciembre 1875).

Segun lo dispuesto en la ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª, para que pase al comprador el señorío de la cosa, no es bastante que por el vendedor se le apodere de ella, si por aquél no se hubiere pagado el precio de ésta, ó dado fiador ó peños, ó tomado plazo cierto para pagar, cuyos términos expresa la ley en sus palabras: «si el comprador non oviese pagado el prescio ó dado fiador, ó peños, ó tomado plazo cierto para pagar, por tal apoderamiento como este, non pasara el señorío de la cosa á él, fasta que el precio pagare.» (Sents. 23 Mayo 1873 y 24 Octubre 1876).

La adquisicion de diversas prendas de ropa por el demandado en un comercio, constituye un contrato de compra-venta, cuyo importe debe ser satisfecho en el domicilio del vendedor; y habiéndolo verificado así en su mayor parte, por este solo hecho el demandado se sometió á continuar realizando el pago completo de las ropas recibidas, segun ordena la ley del contrato de compra-venta (Sent. 27 Diciembre 1878).

Al reclamar el precio de la venta, es necesario fijar y acreditar el número de cosas vendidas, cuando cada una tiene su valor determinado (Sent. 8 Marzo 1877).

Conforme al texto y espíritu de la ley 46, título XVIII, Partida 3.ª, y 28, tít. V, Partida 5.ª, en el contrato de venta, la entrega que han de hacerse recíprocamente vendedor y comprador de la cosa y de su precio, se entienden actos simultáneos, á no ser que haya mediado alguna condicion especial acerca de que éste se pague á plazos convenidos; y por tanto, es incuestionable que donde se celebra dicho contrato, y el vendedor entrega la cosa, es el lugar en que el comprador debe cumplir la obligacion respectiva de satisfacer el precio, sin necesidad de que se haya pactado expresamente (Sent. 24 Marzo 1877).

Si el recurrente no ha sido comprador ni vendedor de los bienes que adquirió el demandante, y verificada la compra á plazos, el comprador satisfizo alguno de ellos y se posesionó de las fincas, no puede dudarse que adquirió el dominio de las mismas; por lo que la sentencia, al no declarar la nulidad de esos plazos que se piden en la demanda, léjos de infringir la ley 46, título XXVIII, Partida 3.ª, hace sus declaraciones con arreglo á los preceptos de la misma (Sentencia 26 Marzo 1877).

Si la obligacion que contrajo el demandado en contrato privado, de comprar á la demandante una casa, fué bajo la condicion de que la vendedora había de presentar la documentacion corriente á satisfaccion del comprador, dentro del término de sesenta dias, no habiéndose cumplido dicha condicion, segun lo estimado por la Sala sentenciadora, ésta no infringe la ley 1.ª, título I, lib. X, Nov. Rec., al apreciar que por falta de aquel requisito condicional cesó el compromiso del demandado, y al absolverle por esta razon de la demanda, ni hay con tal absolucion violacion del contrato, ni del principio que dicha ley establece, que de cualquiera manera que aparezca que uno quiere obligarse quede obligado (Sent. 25 Octubre 1877).

COMENTARIO

La compra-venta es un contrato de los que los autores llaman bilaterales: de aquí resulta que las obligaciones de vendedor y comprador son recíprocas, y por tanto, que si aquel ha de entregar la cosa en que convinieron, el segundo *pagar debe al vendedor el precio quel prometió*; cuyas obligaciones deben cumplirse simultáneamente, á no haberse pactado lo contrario expresa ó tácitamente.

¿Qué efectos produce la no entrega del precio? El segundo párrafo del artículo que comentamos lo determina: que el comprador no adquiere el dominio sobre la cosa vendida, á no ser en los casos que el mismo párrafo señala. De manera que, perfeccionada una venta, y en

tregada la cosa que fué objeto de la misma, puedo suceder, ó que el comprador haya pagado el precio, ó que no lo haya pagado. Si lo primero, ha cumplido con su principal obligacion, y ha adquirido en su virtud la posesion y propiedad de la misma cosa. En el segundo, puede suceder, ó que el comprador difiera por su voluntad la entrega del precio, ó que la difiera por una de estas tres razones: 1.ª, si hubiere dado fiador; 2.ª, si hubiere otorgado fianza ó dado peños, y 3.ª, si se hubiere estipulado plazo cierto para pagar.

Si el comprador difirió por su sola voluntad el pago del precio, no adquiere el dominio sobre la cosa, áun cuando el vendedor *le apoderasse della*. Si concurrió alguna de las razones que acabamos de enumerar, el dominio se habrá trasferido por la tradicion, y el comprador queda obligado á entregar el precio en el modo y forma convenidos.

Artículo 1504.—El comprador que se constituyere en mora, deberá pagar los intereses del precio ó plazo que hubiere dejado de satisfacer, á no haberse pactado que por la mora se entienda rescindido el contrato, en cuyo caso se observará lo prevenido en el artículo 1510.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, lib. V, Fuero Juzgo.

JURISPRUDENCIA

Para que la falta del pago del precio de la cosa, en el tiempo y forma convenidas, constituya una causa de rescision del contrato, es preciso que así se pacte expresamente; y no existiendo semejante pacto, lo único á que el vendedor tiene derecho es á exigir del comprador el referido precio, con los intereses legales, desde el día en que se hubiere constituído en mora, único efecto que á éste se atribuye en las compras y ventas mercantiles (Sent. 1.º Abril 1874).

Desde la misma fecha en que el comprador perciba los frutos de la cosa vendida, debe percibir el vendedor los intereses que se estipulen por la parte de precio no entregada en el acto, sin que al ordenarlo así se infrinja la ley de 14 de Marzo de 1856 (Sent. 27 Abril 1874).

COMENTARIO

«Si la una partida del precio es pagada, y el otra partida finca por pagar, non se deue por ende desfazer la vendicion. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que deue, fueras si fuere pactado que la vendicion fuesse desfecha, si non pagas el precio al plazo.» Tal es el precepto del Fuero Juzgo.

El comprador moroso, pues, debe pagar intereses legales: ¿desde cuándo? No desde que recibió la cosa, como sin hacer aclaraciones dicen algunos autores, sinó desde el día en que debió hacer entrega del precio, que será el día en que recibió la cosa, si la venta se hizo puramente, ó el día en que venció el plazo, si así se hubiere estipulado; es decir, desde que se constituyó en mora.

Dicen los autores que no podrá ser compelido á pagar el comprador (y por tanto no deberá intereses por esta mora) cuando fuere turbado ó tuviese fundado temor de serlo por alguna accion reivindicatoria ó hipotecaria, hasta tanto que el vendedor haya hecho cesar la turbacion ó peligro, á no ser que éste afiance, ó que se haya estipulado que no pueda diferirse el pago por estas causas (Ley 18, tít. VI, lib. XVIII, Digesto).

Artículo 1505.—El que diere encargo á otro para que se presente al dueño de una cosa á ofrecerle por ella precio determinado, debe, si el dueño conviene en él, respetar los pactos y estipulaciones, áun cuando á la persona que dió aquel encargo no la hubiera conferido poder.

ORÍGENES

Ley 48, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes 8.ª y 48, tít. V, Partida 5.ª, y la 25, título XIII, Partida 5.ª, referentes las dos primeras á la compra-venta hecha por mensajero ó ó cartas, y esta última á la realizada con dinero de un huérfano, exigen la existencia de un contrato real y legítimo de compra-venta, en que concurran las esenciales condiciones de comprador y vendedor, cosa vendida, precio cierto y en dinero y consentimiento sobre estos objetos de ambos contrayentes; no siendo aplicables, por consiguiente, cuando no concurren estos requisitos (Sent. 10 Julio 1872).

Artículo 1506.—La compra ó venta celebrada por medio de otra persona á quien se hubiese conferido poder señalándole el precio, produce las mismas obligaciones que si se hubiere otorgado directamente por el poderdante.

ORÍGENES

Ley 48, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Los contratos de compra-venta hechos por medio de apoderado ó mandatario, son válidos y con eficacia legal para sus efectos, constando la existencia del mandato (Sent. 18 Noviembre 1864).

Las ventas hechas por mandatarios con arreglo al mandato, son válidas y legales y obligan á estar y pasar por ellas al mandante (Sent. 13 Enero 1865).

Artículo 1507.—Si uno comprare con su dinero alguna cosa en nombre de otro y éste confirma la compra, tendrá el primero obligacion de entregar la cosa á aquel en cuyo nombre contrató, y éste debe abonar á dicho comprador el precio y los gastos causados en recoger los frutos, ó en la cosa comprada.

ORÍGENES

Ley 48, tít. V, Partida 5.ª
Regla 10, tít. XXXII, Partida 7.ª

COMENTARIO

Contiénense en estos tres últimos artículos tres casos resueltos por la ley 48, tít. V, Partida 5.ª

Primer caso: «si un ome envia su mensagero diciendo: Ve á tal ome é dile que si me quiere vender tal cosa suya, que le daré tal precio por ella.» En este caso (art. 1505) si aquel á quien lo envía otorga la vendida, debe éste «en cuyo nome fue fecha la vendida, guardar los pleitos é posturas que puso aquel que la fizo en su nome... maguer non le ouiesse dado carta de personero.»

Segundo caso: «cuando algun ome fiziesse su personero á otro dándole poder que pudiese vender ó comprar alguna cosa en su nome, señalándole por quanto precio la vendiesse ó comprasse;» en cuyo caso el contrato obliga al poderdante del mismo modo que si él lo hubiere otorgado.

Tercer caso: «cuando algun ome de sus dineros compra alguna cosa en nome de otro, si aquel en cuyo nome la compra la ha por firme cuando lo sabe, pues entonces, siendo válida la venta, el que tal compra faze es tenudo de dar la cosa á aquel en cuyo nome es fecha la compra, con los frutos é las otras cosas que le pertenescen, é aquel en cuyo nome es fecha la compra, tenudo es de dar el precio al comprador con todas las despensas que fizo el otro en coger los frutos ó en las otras cosas fechas á pro de la cosa comprada.»

Artículo 1508.—El que adquiera una cosa en su propio nombre, aunque con dinero ajeno, mediante compra, la hace suya y tiene todas las obligaciones del comprador.

No obstante, si el dueño del dinero fuere militar ausente en activo servicio, ó si el comprador tuviere en su poder el dinero á título de administrador, tutor ó marido y en este último caso hizo la compra con acuerdo de su mujer, deberá la cosa ser entregada al dueño del dinero, á no ser que éste prefiera ser reintegrado del precio á su eleccion.

ORÍGENES

Ley 49, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 49, tít. V, Partida 5.ª, que establece por regla general que la cosa comprada con dinero ajeno debe ser de aquel que hizo la compra en nombre suyo, no es aplicable al caso en que lo comprado por un socio no lo ha sido con dinero ajeno, sinó con dinero de la sociedad (Sent. 30 Octubre 1862).

Si bien la ley 49, tít. V, Partida 5.ª, agrega á la regla general de que la cosa comprada con *dineros ajenos debe ser de aquel que fizo la compra á su nome*, como excepcion entre otras: *fueras ende si tales dineros fuessen de la dote de alguna mujer, é su marido con voluntad della fiziesse la compra, porque en tal caso gana la muger el señorío de ella*; si en el pleito orígen del recurso no se ha probado esta excepcion, ni que el dinero de la compra hecha fuese de la dote de su mujer, ni que ésta expresase su voluntad, es indudable que por la escritura de compra, otorgada y registrada oportunamente, se trasfirió el dominio de la cosa compra da

al marido, y despues de su muerte á sus hijos y herederos; y al declararlo así la Sala sentenciadora no infringe la ley citada (Sent. 16 Junio 1877).

COMENTARIO

Esta ley sienta el principio general de que lo comprado con dinero ajeno pertenece, no al dueño del dinero, sinó al que *fizo la compra en su nome.*

Esta regla admite dos excepciones: 1.ª, si el dinero fuere de un militar que tuviere en la córte del rey ó en otro lugar en su servicio; y 2.ª, si el comprador tuviere el dinero á título de tutor, administrador ó marido, si en este último caso la mujer consintió en la compra.

En el caso de estas dos excepciones, el dueño del dinero «es en escogencia de tomar la cosa comprada ó los dineros, cual más quisiere.»

CAPÍTULO VII

DE LOS PACTOS QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA

Artículo 1509.—Es válido y debe ser cumplido todo pacto que se otorgare entre el comprador y el vendedor, no siendo contrario á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 38, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando el vendedor hace imposible por su culpa el cumplimiento del contrato de venta, tiene que devolver la señal que recibiese del comprador, sin que la sentencia que á ello le condene infrinja la ley 38, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 27 Junio 1867).

COMENTARIO

El principio que se consigna en el artículo que comentamos puede decirse que es de general aplicacion, pues en todos los contratos se admiten todas las estipulaciones y pactos que no sean contrarios á las buenas costumbres, ni por otra parte contravengan á los preceptos taxativamente marcados en las leyes como obligatorios é ineludibles.

Artículo 1510.—Cuando los contrayentes hubieren pactado que si el comprador no entregase el precio en el término señalado se rescinda el contrato, el vendedor puede optar entre pedir todo el precio y que valga la venta, ó revocarla conservando la señal ó parte de precio que hubiere recibido.

Hecha la eleccion á que se refiere el párrafo anterior, ésta es irrevocable.

ORÍGENES

Ley 38, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Pactado en un contrato de venta á plazos el derecho alternativo en favor del vendedor, de ejecutar al comprador ó pedir la rescision del contrato en el caso de faltar al pago de los plazos estipulados, se entiende concedido este derecho para cada una de las épocas y plazos; no siendo aplicable en este punto la ley 38, título V, Partida 5.ª, en cuanto prescribe que pactada para una sola vez la eleccion entre ambos medios, no puede abandonarse el entablado y recurrirse á otro (Sent. 18 Setiembre 1860).

COMENTARIO

Cuando el comprador fuere moroso en la entrega del precio, el vendedor no tiene accion más que para exigir el precio y sus intereses legales, desde la entrega de la cosa ó desde que aquél se constituyó en mora.

Sin embargo, puede haberse pactado, segun dejamos dicho en el art. 1504, que por la mora

del comprador se entienda *desfecha la vendicion.*

¿Cuáles son los efectos de este pacto? La ley lo dice concretamente: «en escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio é fazer que valga la vendida, ó de reuocarlo teniendo para sí la señal ó la parte del precio quel fué dado;» mas esto no sucederá si al cumplir el plazo convenido, el comprador paga todo el precio ó *su mayor* parte.

La razon de este precepto es que el comprador doloso no pueda utilizar en su pro su mismo dolo; por eso la eleccion se da al que no faltó á lo estipulado.

Dice Gregorio Lopez, y conviene con él Gomez, que este pacto ha de ir unido ó ha de otorgarse en el mismo contrato de compra-venta: *in ipso contractu.*

Cuando el vendedor opte por la validez del contrato, se observará lo prevenido en el artículo 1504, esto es, reclamará, juntamente con el precio, los intereses legales del mismo.

Si el vendedor optase por rescindir el contrato, podrá retener la señal ó parte de precio que se le hubiere entregado, en cuyo caso dicen los autores que el comprador no estará obligado á restituir los frutos que hubiese sacado de la cosa, sinó los que excedan del precio que entregó; mas si el vendedor renunciase á la señal y parte de precio recibido, el comprador deberá devolver todos los frutos recibidos (Gutierrez, lib. IV, B, art. 1.°, párr. 8.°). Tambien, mediante pacto, puede el comprador hallarse exento de restituir los frutos.

La última parte de este artículo declara irrevocable la eleccion entre los dos recursos dados al vendedor, es general á toda clase de obligaciones en que la eleccion es posible entre la rescision ó la indemnizacion.

El pacto de que habla este artículo se conoce más comunmente con la denominacion de *pacto de la ley comisoria.*

Artículo 1511.—Pactándose entre comprador y vendedor que éste pueda buscar otro comprador en condiciones más ventajosas dentro de cierto término ó hasta determinado día, el primer comprador deberá ser preferido, si admite mejores condiciones que el segundo.

En otro caso, devolverá la cosa vendida con los frutos, deduciendo las expensas que hizo en recogerlos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar si el segundo comprador fuese hijo del vendedor, ó figurase como comprador simuladamente.

ORÍGENES

Ley 40, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Los autores dan al pacto á que se refiere el párr. 1.° de este artículo el nombre de pacto de adicion *in diem.*

Tomándolas del Derecho romano y de las opiniones de los jurisconsultos, suelen exponer algunos autores ciertas reglas para la aplicacion de esta ley: procuraremos hacer un resúmen de ellas.

En primer lugar, y esto lo expresa la misma ley, el segundo comprador ha de ofrecer las mejores condiciones, dentro del plazo que se hubiese pactado. Segun Gregorio Lopez, en el Derecho romano era válido el pacto, áun cuando en él no se designase día ó plazo; mas nuestra ley no lo consiente.

Las proposiciones del segundo comprador han de ser más ventajosas; pero para ello debe considerarse la cosa en el estado que tenía en la época de la primera venta, pues las mejores condiciones pueden anularse, porque la cosa haya tenido acrecentamientos naturales, ó porque se hayan hecho mejoras en ella.

El mejor precio ha de entenderse, no solamente porque se ofrezca mayor cantidad por la cosa, sinó áun cuando siendo igual ó menor el precio, se ofrece en mejores condiciones para el vendedor, ó modificando en beneficio de éste algunas cláusulas del contrato.

Es preciso que el vendedor acepte la segunda proposicion, porque áun siendo más ventajosa puede no convenirle, en cuyo caso, si hubiera llegado el día, ó vencido el plazo que se convino, quedará firme, valedera é irrevocable la primera venta.

Lo demas de la ley no necesita explicacion.

El último párrafo del artículo supone una precaucion del legislador en favor del comprador primero, á fin de que el vendedor no pueda obrar dolosamente, impulsándole á dar un precio más elevado que el convenido.

Artículo 1512.—El pacto de que, llegado cierto día, la cosa empeñada se entienda

vendida al prestamista por la cantidad prestada, si el que la empeñó no la hiciese libre, es ineficaz, y la venta hecha de esta manera, nula.

Lo contrario se observará si en el mismo caso se pactó que el prestamista haya de abonar sobre la cantidad prestada la necesaria para completar el justo precio á juício de peritos.

ORÍGENES

Ley 41, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando se establece de un modo explícito que si dentro de un término dado el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida, adquirirá de nuevo el dominio de ésta, se consigna un contrato de venta, y no uno de préstamo con pacto comisorio. En virtud de este contrato, el cesionario adquiere el dominio de la finca y puede entablar la accion reivindicatoria (Sentencia 3 Marzo 1866).

Si bien son ciertos el principio jurídico de que los contratos otorgados con todos los requisitos externos necesarios, pueden quebrantarse en el caso de que contengan algun vicio interno reprobado por las leyes bajo pena de nulidad, así como la prohibicion alegada en el núm. 6.º de la ley 12, tít. XIII, Partida 5.ª, referente al pacto llamado *comisario*, carecen absolutamente de aplicacion al caso en que resulta de los autos y consigna la Sala sentenciadora que la demandante no ha alegado entre los fundamentos de su demanda, ni posteriormente, la existencia de cada pacto (Sent. 11 Noviembre 1876).

Es inoportuna la cita de leyes referentes al contrato de mutuo y pacto comisorio, que sólo serían aplicables haciendo supuesto de la cuestion de existir ese contrato, si la Sala, en vista de todo lo establecido en la escritura, estima rectamente que en ésta se estipuló una promesa de venta de fincas determinadas (Sentencia 13 Diciembre 1878).

COMENTARIO

El pacto llamado *comisorio* tiene su lugar más apropiado en el contrato de prenda. Mas como puede ser una forma de compra-venta, las leyes del tít. V, de la Partida 5.ª, le dedican el precepto que comentamos. Este pacto es nulo, y la razon de ello la da la misma ley y la 12, tít. XIII, Partida 5.ª, con que concuerda: «ó no tenemos por bien que vala tal pleyto, porque los que emprestan dineros á otros sobre peños non lo querian fazer de otra guisa, é los omes quando estouiessen muy cuytados con muy grand mengua que ouiessen, farian tal pleyto como este, maguer entendiessen que seria á su daño.»

Mas si el que tomó la cosa en prenda se hubiere obligado á abonar llegado cierto día, sin que la cosa fuere redimida, la cantidad necesaria para completar el justo precio, el pacto será válido, porque entónces no hay temor de engaño.

Debe, sin embargo, no olvidarse que segun dice la ley, el precio en venta de la cosa se ha de fijar *segund albedrio de omes buenos*, por lo cual, en nuestro sentir, no valdrá el pacto en que se fije por los contratantes el precio en venta de la cosa, pues que entónces el temor del abuso no desaparece, á no ser que dicho precio resultase ser el justo, á juício de peritos. Conviene, por consiguiente, si quiere otorgarse un pacto válido, que el comprador y prestamista á la vez se obligue á abonar, en el caso de que se trata, la cantidad necesaria para completar el justo precio de la cosa, sin señalar este precio, á fin de que, llegado el día en que haya de hacerse este pago, se justiprecie por *omes buenos* la cosa, y se complete la suma á que ascienda el precio.

No debe confundirse el contrato de prenda con pacto comisorio, con la venta á condicion de que, devolviendo el vendedor el precio en cierto tiempo, recobrará el dominio sobre la cosa. Véase la jurisprudencia.

CAPÍTULO VIII

DE LOS RETRACTOS

SECCION PRIMERA

DEL RETRACTO CONVENCIONAL

Artículo 1513.—Tiene lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida mediante la devolucion del precio.

El comprador estará obligado á devolver la cosa cuando el vendedor le restituya el precio, á ménos que se hubiere estipulado pena, para el caso en que el comprador prefiera retener la cosa.

ORÍGENES

Ley 42, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1659, Código Francia.—2545 Luisiana.—1515 Italia.—1555 Holanda.—1656 Bolivia.—1304 Neufchatel.—Leyes 2.ª y 7.ª, tít. LIV, lib. IV, Código.

JURISPRUDENCIA

La ley 42, tít. V, Partida 5.ª, no determina qué término deben tener los contratantes para la restitucion de la cosa vendida, lo cual se deja á la libre voluntad de los mismos (Sentencia id. id.)

La facultad de redimir, áun cuando se la quiera calificar de derecho facultativo, es prescriptible como todos los de pura facultad, siempre que expresa ó tácitamente se haya pactado así (Sent. id. id.)

La ley 41, tít. V, Partida 5.ª, no es aplicable al contrato de compra-venta con pacto de retro, y sí sólo á aquéllos en que media prenda ó hipoteca (Sent. id. id.)

No son aplicables al pacto de retroventa el art. 674 y demas de la ley de Enjuiciamiento civil, que se refieren exclusivamente á los retractos (Sent. 28 Diciembre 1864).

Cuando se estipula el pacto de retroventa ó carta de gracia en favor del vendedor, sus sucesores ó derecho-habientes, sin fijar tiempo dentro del que ha de hacerse uso de él, debe estarse á lo que dispone el derecho, según la jurisprudencia admitida por el Tribunal Supremo (Sent. 17 Noviembre 1865).

La accion que se deriva del pacto de retro es personal, ó personal é hipotecaria, y por lo tanto mixta (Sent. 12 Diciembre 1865.)

Cuando se establece de un modo explícito que si dentro de un término dado el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida, adquirirá de nuevo el dominio de ésta, se consigna un contrato de venta, y no uno de préstamo con pacto comisorio. En virtud de este contrato el cesionario adquiere el dominio de la cosa y puede entablar la accion reivindicatoria (Sentencia 3 Marzo 1866).

La escritura de venta de una casa con pacto de retro, en que ademas se estipula, para el caso de muerte del vendedor, el arrendamiento por dos años de dicha casa para su familia, tiene en este particular el carácter de un verdadero contrato de arrendamiento por tiempo fijo (Sent. 19 Junio 1866).

En el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito á los contratantes poner las condiciones posibles y honestas que crean oportunas, y entre ellas la de establecer el término que les convenga (Sent. 3 Diciembre 1864).

Segun las palabras de la ley 42, tít. V, Partida 5.ª, la accion del vendedor en el contrato de retroventa es personal, y se da á éste y sus herederos contra el comprador y los suyos, y no contra terceras personas. Si bien dicha ley expresa que en cualquier tiempo pueda ejercitarse esta accion, sobre este punto no puede ni debe estarse á lo que dispone la citada ley, sinó á lo establecido en la 63 de Toro, que fijó veinte años para la prescripcion de acciones personales (Sent. 7 Abril 1866).

Declarada improcedente la accion de la retroventa y la devolucion de unas tierras vendidas, tampoco deben restituírse las que por la fuerza de un río se agregaron á las mismas (Sentencia id. id.).

La ley 42, tít. V, Partida 5.ª, que declara ha de guardarse el pacto de la retroventa, y señala al comprador la obligacion, extensiva á sus herederos, de entregar la cosa enajenada al vendedor, si éste devuelve el precio que recibió por ella, no tiene aplicacion cuando el vendedor no realiza dicha devolucion y se limita á una simple oferta (Sent. 26 Noviembre 1866).

La sentencia que no niega la validez de una retroventa, sinó que estima que sólo puede tener eficacia desde su fecha y no desde el tiempo á que los contratantes quieren retrotraer sus efectos, no infringe los arts. 271, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 11 Febrero 1867).

La ley 42, tít. V, Partida 5.ª, que declara la validez del contrato de retroventa, no se infringe por la sentencia que no niega la eficacia de la celebrada, sinó que limita sus efectos al acto en que se otorgó la escritura (Sent. id. id.).

La ley 42, tít. V, Partida 5.ª, que trata de los que venden por cierto precio á otros alguna cosa, con condicion de que el vendedor ó su heredero la puedan cobrar tornando el precio, no exige que cuando el comprador se niegue á recibir el precio que le oviesse el vendedor, se halle éste obligado á consignarle dentro del plazo vencido, para no perder su derecho, como que ni siquiera ha previsto este caso, ni exige tampoco que el vendedor reclame para sí la cosa, lo cual no entra, como en los retractos de ley, en la naturaleza ó índole de esta clase de contratos, á no ser que en ellos se haya pactado, en cuyo evento lo que se podría quebrantar sería el pacto (Sent. 3 Febrero 1873).

Por consiguiente, no se infringe dicha ley por la sentencia que condena al comprador á la retroventa de la finca pactada con el vendedor, aunque por parte de la viuda y herederos de éste no se hubiese hecho, á causa de la resistencia de aquél, la consignacion del precio de la venta, y ménos despues que la tenía ejecutada dentro del plazo del pacto, ni tampoco porque no la demandasen para sí (Sents. id. id.).

Pactado entre comprador y vendedor que para que tuviere lugar la retroventa de la finca sería preciso entregar, ademas del precio de la misma, varias otras cantidades, si el vendedor hace cuanto le es posible para averiguar el importe fijo de dichas partidas, y el comprador se niega arbitrariamente á suministrar la nota de ellas, que á él le constaba mejor que á nadie, y á concurrir á una notaría, como estaba obligado á hacerlo, para el otorgamiento de la escritura de retroventa, y para determinar con los vendedores las cantidades que éstos tenían que entregarle en aquel acto, para lo cual le habían requerido por apoderado y despues por mandato judicial, á peticion de los mismos, con bastante antelacion al vencimiento del plazo en que podían exigir la disolucion de la venta, la sentencia que manda llevar á efecto la retroventa, aunque no se hubiesen consignado previamente dichas cantidades, no infringe el principio de derecho de que nadie está obligado á lo imposible (Sent. id. id.).

El pacto de retroventa, como todos los de su clase, produce siempre acciones y obligaciones trasmisibles á los herederos de los contratantes, á ménos que no hubieran estipulado lo contrario (Sent 24 Febrero 1874).

El pacto de retroventa, unido al contrato de venta, como todos los de su naturaleza, sólo produce acciones personales, que pudieran convertirse en mixtas si se anotaran determinadamente en los Registros de la propiedad (Sentencia 12 Mayo 1875).

Los pactos perpetuos de retroventa serán siempre nulos, como todos los opuestos á las leyes, y más á las que regulan la prescripcion por las razones indicadas (Sent. id. id.).

No puede alegarse la doctrina de que la accion que nace del pacto de retro es personal y no se da contra terceros, por quien se ha presentado en el pleito como subrogado en las obligaciones de los mismos que intervinieron en el contrato (Sent. 17 Febrero 1876).

No se infringe la ley del contrato, apoyada en la 1.ª, tít. XI, Partida 5.ª, y la tambien 1.ª, título I, lib. X, Nov. Rec., por una sentencia que absuelve de la demanda que solicita el cumplimiento de un pacto de retro, si este pacto se extendió solamente á diez y ocho meses, salvo que las partes hubieran convenido en la prórroga por doce más, lo cual no se verificó, cumpliéndose así la condicion resolutoria de dicho pacto por el trascurso del primer plazo (Sentencia 10 Junio 1876).

Si la Sala sentenciadora, apreciando las pruebas, estima que un contrato de compra-venta á retro, que aparece consignado en escritura pública, fué simulado al declarar su nulidad, no lo infringe, porque para ello era necesario que el mencionado contrato hubiera sido válido (Sent. 6 Febrero 1877).

COMENTARIO

El retracto en general es el derecho á ser preferido á otro cuando se trata de comprar una cosa que un tercero pone en venta.

Mas el *retracto convencional* se diferencia esencialmente de los otros retractos, es más, ni áun suele recibir este nombre, sinó el de *pacto de retroventa* y tambien *carta de gracia*.

Consiste este pacto, retracto ó carta en estipular comprador y vendedor que cuando éste *ó sus erederos tornassen el precio al comprador ó á los suyos, sean tenudos de tornarle aquella cosa* que fué objeto de la compra-venta.

Este pacto ha de hacerse en el mismo contrato por que se hace la enajenacion.

Discuten los autores acerca de si la accion que este pacto confiere al vendedor es personal ó personal y real. Gutierrez sostiene resueltamente que esta accion es personal contra el comprador, sin embargo de que en otro lugar entiende preferible la opinion de los que la conceptúan mixta. Nada de extraño tiene que los autores no hayan llegado á un acuerdo sobre la naturaleza de esta accion, cuando el mismo Tribunal Supremo ha dictado fallos contradictorios en esta materia. Así, en uno de 12 de Diciembre de 1865 declara que «la accion que se deriva del pacto de retro es personal, ó personal é hipotecaria, y por lo tanto mixta,» cuyas palabras demuestran la inseguridad de los que juzgaron; en otro fallo de 7 de Abril de 1866 se afirma que esta accion es puramente personal: por último, en otro fallo de 12 de Mayo de 1875 se dice que el pacto de retroventa sólo produce acciones personales, que pudieran convertirse en mixtas si se anotaran determinadamente en los Registros de la propiedad.

Los Códigos modernos y el proyecto de Código terminan esta cuestion, declarando que el vendedor puede ejercer su accion contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mencion del retracto convencional, salvo, sin embargo, los derechos que á los terceros confiere la ley Hipotecaria, cuya doctrina estimamos como la más justa.

Tambien discuten los autores acerca del tiempo en que el vendedor puede usar de la facultad ó derecho que se reservó.

Gomez es de opinion que debe durar todo el tiempo que pactaron comprador y vendedor, pero que si éstos nada pactaron, la accion del vendedor ó sus herederos puede extenderse *in infinitum*, no prescribiendo nunca. Esta doctrina, cuya aceptacion traería consigo el desórden, ha sido duramente combatida por los autores, y condenada por repetidos fallos del Tribunal Supremo.

Ahora bien; entre los autores que admiten la prescripcion de esta accion tampoco hay conformidad de opiniones, pues entendiendo unos que la accion es personal, y otros que es mixta, los primeros no la hacen pasar de veinte años, en tanto que los segundos la extienden hasta treinta, unos y otros inspirándose en el precepto de la ley 63 de Toro. Gutierrez, apoyándose en la sentencia de 7 de Abril de 1866, se decide resueltamente porque prescribe á los veinte años. En cambio los continuadores de Escriche alegan en favor de la prescripcion de treinta años que en la sentencia de 17 de Noviembre de 1865 se resuelve que cuando no se fija el tiempo en que ha de hacerse uso de la accion de retroventa por el vendedor ó sus herederos, se prescribe por el comprador á los treinta años de no haberse utilizado por aquéllos.

Ultimamente cuestionan los autores acerca de las ventajas ó inconvenientes de este retracto. Nosotros, sin entrar á juzgar fundamentaltalmente la utilidad del pacto de retro, ni si es ó no posible declararlo nulo ó ilícito por las leyes, nos limitamos á decir con Sala: «Vemos con dolor que en el día hay tantos abusos y perjuicios en esta clase de ventas, que convendría *tal vez* prohibirlas, ó por lo ménos tomar rigurosas providencias para atajarlos. Uno de estos abusos, que no es el único, pero que citamos

por haber sido frecuente, es haberle empleado como medio de percibir crecidísimos intereses, simulando bajo la forma de compra un verdadero préstamo.»

¿De qué manera ha de hacerse la devolucion de la cosa cuando el vendedor ó sus herederos usen del derecho de retraer?

En primer lugar, susténtanse diversas opiniones respecto á quién debe pertenecer el aumento que haya recibido la cosa, v. gr., por aluvion ú otra causa semejante. Algunos, fundándose en que quien sufre las pérdidas debe percibir las mejoras, y que la resolucion de la venta coloca las cosas en el sér y estado que tenían ántes del contrato, entienden que la mejora pertenece al vendedor, pues á él correspondería si no hubiese enajenado la cosa; y este efecto debe causar la resolucion del contrato. Otros, sin embargo, adjudican aquella mejora al comprador, é invocan para ello el principio de que las cosas aumentan y perecen para su dueño, y es indudable que el comprador es un verdadero dueño.

En cuanto á las mejoras que sean resultado de gastos hechos por el comprador, muchos autores siguen la doctrina del proyecto de Código, segun el cual, el vendedor no puede hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador, ademas del precio de la venta, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Algunos autores, sin embargo, no creen obligado al comprador á reembolsar los gastos necesarios, pues que son contingencia natural que debe sufrir el dueño y que se compensan con los frutos, y por lo tanto dicen que únicamente deberá abonar el vendedor aquellos gastos que hubieran hecho mejor la finca: mas en este punto, despues de todo, no existe divergencia esencial, pues segun explica Goyena, la palabra *necesarios* del proyecto no comprende los ordinarios ó hechos para la simple conservacion de la cosa, que son los exceptuados por aquellos autores.

Por lo que hace á los frutos, está fuera de duda que el comprador los hace suyos hasta que tenga lugar el retracto. Pero no ha dejado de ocasionar discusion si debe restituir ó no los frutos pendientes al constituirse la venta. En efecto: estos frutos han debido tenerse indudablemente en cuenta para fijar el precio, que hubiera sido menor á no existir aquellos frutos: si pues parte del precio se dió por razon de los frutos, al devolverse aquél íntegro, no ha de omitirse hacerlo igualmente de los frutos. Así opina, entre otros, el ilustre Pothier. Otros, por el contrario—Gutierrez con ellos—entienden que si el comprador percibió los frutos, el vendedor utilizó los intereses del precio, y en estos aprovechamientos recíprocos hay compensacion.

En cuanto á los frutos pendientes,—dice Goyena,—y por lo tanto manifiestos al tiempo del retracto, parece conforme á la equidad que se prorateen entre el comprador y el vendedor retrayente, habida consideracion al tiempo en que aquél poseyó la finca: y el año no se ha de contar precisamente por el civil ó del calendario, sinó por el natural de cosecha á cosecha, segun la diversa especie de frutos: el vendedor retrayente gozó entre tanto los intereses del precio; justo es, pues, que el comprador goce en la misma proporcion de los frutos de la cosa; y para el repartimiento de los frutos se han de deducir y abonarse respectivamente los gastos hechos para obtenerlos, por ser máxima constante en Derecho que no se entiende por fruto *nisi quod deductis impensis superest.*

Si los frutos no estuvieren pendientes ó manifiestos, el vendedor sólo deberá abonar al comprador los gastos hechos en esta razon, por ejemplo, en la preparacion de tierras y sementera.

En cuanto á los daños que haya sufrido la cosa, el mismo Goyena dice que el comprador debe indemnizar al vendedor retrayente de los daños ó deterioros que hayan sobrevenido en la cosa por culpa suya, es decir, por no haberla cuidado como un buen padre de familias; el comprador sabe que está obligado á devolverla si así lo quiere el vendedor: debe, pues, cuidarla entretanto, y no puede menoscabar ó inutilizar el derecho ajeno.

Finalmente, el vendedor que recobra la cosa vendida la adquiere libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador, como que éste poseía con una condicion resolutoria, y por tanto debe restituirla sin grávamen de ningun género.

Artículo 1514.—Si el comprador hubiere enajenado la cosa vendida, deberá indemnizar al vendedor los daños y perjuícios que le ocasione el no cumplimiento del retracto.

ORÍGENES

Ley 42, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

«Tenudo es el comprador de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder: *é si en su poder non es*, deue pechar al vendedor todos los daños é menoscabos que le vinieren, porque non tornó aquella cosa que assi avia vendido.» Tal es el precepto de la ley.

Debemos decir que este precepto únicamente tiene aplicacion cuando se trate de ventas que no se hallan inscritas en el Registro de la propiedad, pues desde el momento en que el pacto de retro se inscribe, la accion del vendedor, de personal se convierte en mixta de personal é hipotecaria, porque constando entónces en el Registro la accion resolutoria que existe á favor del vendedor, el tercero que compre lo hace con conocimiento de causa, y no adquiere más derechos que aquellos de que segun la inscripcion puede disponer el comprador primero y vendedor en este caso. (Véase ley Hipotecaria, art. 37.)

Artículo 1515.—La obligacion impuesta al comprador de no enajenar la cosa á determinadas personas, y de que vuelva al vendedor ó sus herederos en el mismo caso, es ineficaz; pero no lo será la pena que se hubiere estipulado, y habrá tambien lugar á indemnizacion de los daños y perjuicios que por aquella enajenacion se hubieren ocasionado.

ORÍGENES

Ley 43, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

La prohibicion de la ley es bastante clara y terminante. El pacto de retro en estas condiciones es nulo. No lo es, sin embargo, la pena que para el caso del artículo se hubiere estipulado.

Sobre cuál sea la razon de esta ley no se han puesto de acuerdo los autores; mas como despues de todo no son de gran utilidad los diversos fundamentos que le han sido asignados, omitimos entrar en esa polémica minuciosa.

SECCION SEGUNDA

DEL RETRACTO LEGAL

Artículo 1516.—Cuando alguno tratare de vender bienes raíces de patrimonio ó abolengo, si algun pariente suyo dentro del cuarto grado los quisiere comprar por el tanto, será preferido al comprador extraño.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. I, lib. IV, Fuero Viejo.
Ley 13, tít. X, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Aun cuando en el lenguaje comun suele confundirse el derecho de *tanteo* y el de *retracto*, son diferentes, como tendremos ocasion de examinar. Nosotros, sin embargo, comprendemos ambos derechos bajo el epígrafe de retracto legal, sin perjuicio de hacer constar sus desemejanzas.

El tanteo consiste en el derecho de comprar una cosa aún no vendida, por el mismo precio que ofrezca otro comprador, es decir, que el tanteo es un derecho de preferencia que se ejercita en el momento en que el dueño de la cosa quiere venderla, por un tanto que otro le ofrece.

Las leyes del tít. XIII, lib. X, de la Novísima Recopilacion, concedieron el derecho de tanteo á ciertas personas, por razon de su ocupacion ó de los servicios que prestaban; así la ley 11 lo concedía á los abastecedores de pescado, sobre este artículo, la 21 á los fabricantes de tejidos de lino y cáñamo, sobre estas primeras materias, etc. Mas el decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813 acabó con estos privilegios.

La ley 1.ª, que está vigente, declara que *todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto, háyala él, ántes que otro alguno.*

Este tanteo, así como el retracto que establece la ley en favor de los parientes respecto de los bienes patrimoniales, se distingue con el nombre de gentilicio, y en realidad repugna á las ideas y costumbres de nuestros tiempos.

Artículo 1517.—Si dos ó más parientes quisieran los bienes, los partirán con igualdad, siempre que estén en el mismo grado de parentesco. En otro caso, el más próximo excluye al más remoto.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Los afines para el ejercicio y efectos del retracto gentilicio son extraños á la familia en el sentido de la ley (Sent. 13 Noviembre 1862).

Las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., disponen que cuando se proceda á la venta de una finca que sea del patrimonio ó abolengo del que vende y del que quiere comprar, sean siempre preferidos los más próximos parientes del vendedor, á los más remotos (Sent. 5 Enero 1863).

Si bien se establece en las leyes 1.ª y 2.ª, título XIII, lib. X, Nov. Rec., que «si dos ó más quisieren la finca, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí,» es indispensable que ejerciten el derecho de retracto gentilicio ó de abolengo dentro del término y bajo las condiciones y circunstancias consignadas en dichas leyes, y en los artículos 674 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 17 Enero 1867).

Artículo 1518.—Despues de vendidos los bienes raíces de patrimonio ó abolengo, cualquier pariente del vendedor, dentro del cuarto grado, podrá adquirirlo abonando el mismo precio.

Si el pariente más próximo no quiere ó no puede adquirir la cosa por el tanto, pasa este derecho al siguiente en grado.

Cuando se trate de permuta de bienes patrimoniales ó de abolengo con los de un extraño, ningun pariente podrá alegar el derecho de retracto.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.
Ley 7.ª, del mismo título y libro (73 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Las leyes vigentes sobre retracto gentilicio no pueden ampliarse en su aplicacion más allá de lo que su letra y espíritu determinan (Sentencia 4 Diciembre 1856).

El retracto no tiene lugar cuando la rescision de la venta procede de causa legítima (Sentencia 23 Mayo 1859).

Las leyes que establecieron el retracto gentilicio no deben ampliarse, ni pueden entenderse que se ampliaron por las posteriores de Toro, al usar genéricamente la palabra *cosa* en materia de retractos (Sent. 15 Febrero 1861).

No es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la de que el retracto gentilicio no tiene lugar cuando la finca vendida lo ha sido á un pariente, cumpliéndose de esta manera el objeto de la ley, de que las fincas no salgan de la familia (Sent. 5 Enero 1864).

Si bien las leyes vigentes sobre el retracto gentilicio, como restrictivas del libre uso de la propiedad, no pueden ampliarse en su aplicacion más allá de lo que su letra y espíritu determinan, no por eso pueden dejar de tener cumplimiento en los casos que ellas establecen (Sent. 30 Setiembre 1864).

La doctrina consignada en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1859 está reducida á que cuando la rescision de una venta no es un acto voluntario, sinó forzoso, no puede tener lugar la accion de retracto (Sent. 11 Febrero 1867).

Realizada legalmente la venta de bienes raíces, nace, desde el momento de otorgarse la escritura, el derecho de retracto á favor de las personas á quienes las leyes lo conceden. Utilizado este derecho dentro de los nueve días de la ley, no puede perjudicar al retrayente la retroventa consignada en escritura de fecha posterior, porque ya en aquella fecha aquél estaba en el goce de su derecho, y toda innovacion de parte del comprador y del vendedor era atentatoria del derecho mismo; y aunque en la escritura de retroventa se consignase que el nuevo contrato estaba celebrado desde el acto mismo de la venta, esta manifestacion no podía perjudicar á un tercero, que ya habia adquirido

y ejercido el derecho de retracto (Sent. 11 Febrero 1867).

El derecho de retraer la finca vendida el que reuna los requisitos legales para hacerlo, tiene su orígen en el otorgamiento de la escritura de venta, sin que pueda inutilizarle el voluntario disenso del comprador y vendedor, ó sea el convenio de dejar sin efecto la venta, sin causa que la legitime (Sent. 11 Febrero 1867).

Cuando no se trata de haberse rescindido la venta por causa legítima, sinó de haberla ratificado elevando espontáneamente el precio, y subsistiendo la enajenacion, no tiene aplicacion la doctrina de que no tiene lugar el retracto cuando la venta se rescinde, ó lo que es lo mismo, se modifican y aclaran las condiciones á virtud de causa legítima, y que no es la espontánea voluntad de las partes, ni la de que desde el momento de otorgarse la escritura de venta de bienes raíces, nace el derecho de retracto en favor de las personas á quienes las leyes lo conceden, sin que pueda inutilizarle el voluntario disenso del comprador y vendedor; pero que esto no se entiende cuando el convenio de modificar ó dejar sin efecto la venta no es un acto voluntario, sinó forzoso, motivado por causa legítima y nacido del vicio atribuido al contrato mismo, del cual pudiera surgir la accion de retracto (Sent. 1.° Julio 1870).

Segun las leyes 1.ª, 3.ª y 7.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., el derecho de retracto gentilicio se concede al pariente más próximo dentro del cuarto grado para redimir los bienes raíces que proceden de sus padres ó abuelos, ofreciendo al comprador el precio por que los adquiera (Sent. 21 Junio 1872).

No pueden, por consiguiente, ser objeto de retracto los bienes que se adquieren en virtud de permuta (Sent. id. id.).

COMENTARIO

El retracto consiste en la facultad de rescindir un contrato de compra-venta que un vendedor y un comprador otorgaron, y de colocarse en el lugar de éste adquiriendo la cosa vendida, prévia la entrega del mismo precio que aquellos convinieron.

Cuando este derecho se concede á los parientes del vendedor dentro del cuarto grado, para que adquieran por el tanto la cosa que perteneció al patrimonio ó abolengo, se llama retracto gentilicio.

La facultad de retraer los bienes de patrimonio ó abolengo se concede por la ley á los parientes hasta el cuarto grado, con tal que sean legítimos, y áun los naturales reconocidos, segun opinion de algunos autores, en cuyo caso deberán ser preferidos los legítimos si concurrieren de una y otra clase.

Cuando concurrieren á retraer dos parientes, el de grado más próximo excluirá al más remoto; si fueren de un mismo grado, no podrá alegar preferencia el que fuere de doble vínculo, segun opinion de muchos jurisconsultos: otros, sin embargo, Matienzo y Hermosilla entre ellos, entienden que el doble vínculo determina una preferencia en igualdad de grado.

Conforme, pues, á la interpretacion generalmente admitida, concurriendo dos parientes de igual grado, deberán partir la cosa, *partanla entre sí*, dice la ley. Algunos jurisconsultos, como Sala y Acevedo, entienden que si la cosa no tuviese cómoda division, deberá licitarse entre los dos retrayentes, adjudicándose al que de ellos ofrezca mayor precio.

Para que pueda ejercitarse el derecho de retracto es indiferente, segun ha declarado el Tribunal Supremo, que la venta se haya hecho á favor de un extraño, ó de un pariente del vendedor dentro del cuarto grado. En contra de esta doctrina se expresan los Sres. La Serna y Montalvan; pero la doctrina aceptada por aquel Tribunal tiene en su apoyo las opiniones de Gomez, Hermosilla, Matienzo, Gutierrez, Molina, y áun de Sala y Acevedo.

Artículo 1519.—El pariente que pretenda usar del derecho que para retraer bienes raíces de patrimonio ó abolengo le confiere el artículo anterior, habrá de hacerlo precisamente en los nueve días siguientes al otorgamiento de la escritura de venta.

El término que para retraer se concede en el párrafo anterior, es perentorio y corre contra menores.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

Ley 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (Ordenamiento de Nieva, 1473).

Art. 674, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

El término de nueve días para interponer el

retracto corre desde la fecha de la enajenacion de la finca, y no desde que, tomando por base la validez de tal enajenacion, se reduce una pension ó reduce algun gravámen (Sent. 22 Setiembre 1859).

Si bien es cierto que las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIII, libro X, Nov. Rec., fijan el término de nueve días solamente para proponer la demanda de retracto, y no para cumplir dentro del mismo tiempo con los demas requisitos necesarios, su disposicion debe combinarse con las del artículo 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, que al señalar dicho plazo para la presentacion de la demanda, exige, para que ésta pueda prosegirse, la concurrencia simultánea de las demas formalidades que menciona, y especialmente la de que haya de acompañar á aquélla alguna justificacion, aunque no sea cumplida, del título en que el retracto se funda (Sent. 13 Mayo 1864).

Interpuesto el contrato dentro de los nueve días, contados desde que el retrayente tuvo noticia de las ventas hechas sin su conocimiento, la sentencia que le niega ese derecho, bajo el supuesto de que la falta de aviso de aquellos contratos no demuestra malicia, infringe la doctrina de jurisprudencia, segun la cual puede haber buena fe cuando á sabiendas se falta á una obligacion, y como consecuencia al art. 676 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 18 Noviembre 1864).

El art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, al prescribir en su disposicion primera que las demandas de retracto se interpongan dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, no prohibe que puedan presentarse ántes, siempre que, perfecta ésta, hubiese llegado á conocimiento del retrayente (Sent. 23 Octubre 1866).

Segun doctrina admitida por la jurisprudencia, la ley de Enjuiciamiento civil ha modificado esencialmente las recopiladas en cuanto al señalamiento de dia desde el cual determinaba hubiera de empezar á correr y contarse, con distincion de casos, el término legal para el ejercicio del derecho de retracto (Sent. 14 Mayo 1867).

El art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil determina que las demandas de retracto se interpongan en el juzgado competente *dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta*, sin hacer excepcion alguna respecto de la verificada en subasta pública judicial, ó en otra forma (Sent. 14 Mayo 1867).

Segun la ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., los retractos deben intentarse dentro de los nueve días despues de hecha la venta (Sents. 31 Diciembre 1869 y 29 Abril 1875).

El art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil señala para interponer la demanda de retracto el término de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta (Sent. 5 Marzo 1877).

Segun tiene declarado en varias decisiones el Tribunal Supremo, dicho término empieza á correr desde la fecha del otorgamiento de la escritura, que se refiere á la autorizada por notario público en forma legal (Sent. 5 Marzo 1877).

Artículo 1520.—La proximidad del parentesco, para los efectos de los artículos anteriores, debe considerarse con relacion al vendedor.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Este derecho, como que es personalísimo, rechaza toda representacion, en sentir de algunos autores, como La Serna, Montalvan y otros. En contrario opinan Acevedo, Hermosilla y Sala, que admiten la representacion.

Tampoco están acordes los autores respecto á la forma en que ha de hacerse la computacion, pues en tanto que Paradorio y Sala optan por la canónica, Matienzo, Acevedo y el Sr. La Serna, ántes citado, entienden que la ley se quiso referir á la civil, cuya opinion hallamos preferible.

Artículo 1521.—Cuando concurrieren á retraer bienes de patrimonio ó abolengo el hijo y el hermano del vendedor, debe ser preferido el hijo.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

Artículo 1522.—Sólo pueden ser objeto del retracto los bienes raíces que estuvieron

en el patrimonio ó abolengo del que retrae y del que vende, habiéndolos adquirido éste por herencia.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 5.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

No tiene lugar el derecho de retracto en los bienes vinculados hasta tanto que, trasmitidos como libres, hayan adquirido el carácter de patrimoniales y de abolengo en el sentido legal (Sent. 4 Diciembre 1856).

La condicion impuesta por la ley como indispensable para que tenga lugar el retracto gentilicio, de que los bienes en venta sean hereditarios, supone que deben haber pertenecido en pleno dominio y propiedad al ascendiente ó ascendientes hasta el tronco comun del vendedor y el retrayente (Sent. 4 Diciembre 1856).

No procede el retracto gentilicio cuando no concurre en la cosa que lo motiva la circunstancia de ser patrimonial, en cuyo caso falta el supuesto de la cuestion, relativo á la mayor proximidad de parentesco ó mejor derecho entre los que pretenden retraer, y no pueden ser infringidas las leyes 1.ª y 8.ª, tít. XIII, lib. X, Novísima Recopilacion, que tratan de la preferencia en los retractos (Sent. 13 Junio 1860).

Los oficios públicos no son objeto del retracto gentilicio (Sent. 15 Febrero 1861).

El retracto gentilicio sólo tiene lugar respecto de los bienes heredados de patrimonio ó de abolengo, pero no respecto de los que son adquiridos por compra ú otro título (Sent. 5 Junio 1861).

La ley 3.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., concede el derecho de retraer á los parientes, cuando el vendedor hubiese heredado los bienes (Sentencia 12 Diciembre 1865).

Para que proceda el retracto gentilicio segun el derecho comun, es necesario que la heredad ó finca sea de patrimonio ó abolengo del vendedor y que el retrayente sea tambien de aquel patrimonio ó abolengo, segun prescriben las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 23 Febrero 1866).

Cuando el marido compra por sí, y no como representante de su mujer, no puede despues alegar contra un pariente el derecho de retraer que á la mujer correspondiera, puesto que se le considera como un comprador extraño á la familia (Sent. 17 Enero 1867).

Cuando la demanda de retracto se presenta por el marido de la retrayente, refiriéndose á ésta el parentesco con el vendedor y la cualidad de patrimoniales de las fincas objeto del retracto, la falta de expresion en la súplica de que todo se entiende en este concepto y las cosas retraídas para su mujer, no es bastante para que se desestime la demanda, mucho más habiéndose explicado el concepto ántes del fallo (Sent. 3 Junio 1867).

No pierde una finca el carácter de abolengo porque se reedifique *a cimentis* por el padre del retrayente, toda vez que no habiendo dejado de corresponderle el suelo, que es lo principal, con él conservaría la finca dicho carácter de abolengo; no pudiendo negarse bajo este concepto el derecho de retracto al hijo del reedificante (Sent. 5 Abril 1872).

No puede decirse que se reedifica una casa *a cimentis* cuando se conservan las paredes medianeras y se utilizan en la reedificacion los materiales antiguos (Sent. id. id.).

El que hubiese pasado la finca del abuelo del retrayente á su padre por donacion *propter nuptias*, léjos de hacerla perder el carácter de abolengo, le haría continuar en la familia sin pasar á extraños: ademas de que las donaciones de esta clase vienen á constituir en sentencia un título hereditario anticipado (Sent. id. id.).

Aun cuando en la escritura de venta se comprendan bienes patrimoniales y otros que no lo sean, y se hayan vendido todos por un precio alzado, sin especificar el contrato que afectaba á cada finca ó partida, nunca podría sostenerse que aquellas que no procedían de abolengo pueden ser retraídas segun lo dispuesto en la ley 5.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., porque esta ley parte, como no podía ménos de partir, del principio ántes indicado, de que las fincas objeto del retracto han de proceder de patrimonio ó abolengo (Sent. 21 Junio 1872).

La apreciacion y calificacion de ser los bienes que se intente retraer de abolengo ó patrimonio, es peculiar y privativa del Tribunal sentenciador (Sent. 5 Marzo 1874).

Es doctrina legal, reconocida por el Tribunal Supremo, que la finca patrimonial reedificada en todo ó en parte conserva su cualidad de tal, y queda sujeta al retracto gentilicio (Sent. 23 Diciembre 1876).

La sentencia dictada á tenor de esta doctrina

no infringe el principio de que los retractos, como materia odiosa, deben ser interpretados restrictivamente, porque esta regla exige, como todas, términos hábiles para su aplicacion, que no existen cuando es indudable el derecho del retrayente segun la doctrina establecida (Sentencia id. id.).

COMENTARIO

¿Se reputará de patrimonio ó abolengo, para los efectos del retracto, la finca que fué enajenada y retraída despues por un pariente? Matienzo, y con él Sala, entienden que la finca retraída por un pariente entra en el patrimonio de éste con el carácter de patrimonial, y por lo tanto sujeta á retracto si dicho pariente llega á enajenarla. En contrario opina el Sr. La Serna, fundándose en que el retrayente se subroga en poder del comprador, en cuyo lugar se habría hecho de libre disposicion la heredad si no se hubiese retraído. Pero—añade este autor—si la venta se verifica con el pacto de *retro* ó con el de la ley *comisoria*, y en su virtud llega á rescindirse el contrato, la resolucion será diferente de la del caso anterior, porque recobrando la cosa el carácter de patrimonial á consecuencia de la rescision, si se vende nuevamente, podrá ser objeto del retracto gentilicio.

Llamas entiende que la finca retraída una vez no está sujeta á nuevo retracto, porque falta una condicion esencial de éste, cual es que la hubiere obtenido inmediatamente el vendedor por herencia de su padre ó abuelo, pues de otro modo no puede decirse que la finca sea de patrimonio ó abolengo. Lo mismo opina Albornoz, aunque fundándose en otras razones.

Dudan tambien los autores acerca de si tendrá lugar el retracto cuando el extraño que compró la heredad de patrimonio ó abolengo la vende á un tercero, corriendo el término de los nueve días para retraerlo. Matienzo y Llamas resuelven afirmativamente la cuestion, porque no teniendo el primer comprador un dominio absoluto é irrevocable en la heredad miéntras corre el término de los nueve días, no puede trasmitir, segun regla de justicia, más derechos que los que le competen; y como el suyo estaba sujeto á las leyes del retracto, tambien ha de estarlo el que adquirió el segundo comprador.

Los autores citados hacen extensiva esta solucion al caso en que el segundo adquirente lo sea por donacion ú otro título lucrativo.

¿Estará sujeta á retracto la finca que el padre deja á un hijo ú otro descendiente en vida ó en muerte, por vía de donacion, mejora, prelegado ó legado?

Acevedo, Llamas, y los Sres. La Serna y Montalvan, resuelven la cuestion en el sentido de que no están los bienes así adquiridos sujetos á retracto, porque se han adquirido á título hereditario, de lo que convence la ley 21 de Toro, que permite aceptar la mejora, áun renunciando la herencia.

Esta doctrina, sin embargo, no es aceptada por todos los autores; así, Gomez, Matienzo y Sala la combaten. (Véase la sentencia de 5 de Abril de 1872, que resuelve en contra de la opinion de Acevedo y los que le siguen.)

Artículo 1523.—El retracto de bienes de patrimonio ó de abolengo tiene lugar áun cuando la venta de éstos se hubiere verificado en pública y judicial subasta. En este caso el plazo de nueve días, consignado en el art. 1519, se contará desde que hubiere tenido lugar el remate.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (70 de Toro).

Artículo 1524.—Vendidos en un solo precio diferentes bienes de patrimonio ó abolengo, no podrán ser retraídos separadamente. Si se hubieren vendido designando á cada uno su respectivo precio, podrá retraerse cada uno de ellos, á eleccion del retrayente.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (71 de Toro).

COMENTARIO

La razon del precepto contenido en la primera parte de este artículo la condensa Gutierrez en sus *Prácticas cuestiones*, lib. II, cuest. 162, en tres principales argumentos: 1.º, porque el contrato es uno é indivisible, sin que pueda disolverse en parte, y en parte conservar su valor; 2.º, porque debiendo consignar el precio el retrayente dentro de los nueve días, no puede cumplirse este requisito por no haber noticia

cierta de él; 3.º, porque pudiendo haberse comprado en razon á la otra, de tal manera que sin ésta no hubiera comprado aquélla, separar las cosas, áun dividiendo el precio, causaría perjuicio al comprador, lo que no puede consentir la ley.

Vendidas juntamente y en un solo precio dos cosas, una patrimonial y otra que no lo sea, ¿podrá retraerse la primera?

Gomez, Matienzo, Gutierrez y Molina resuelven uniformemente que puede el pariente sacar la cosa de patrimonio ó abolengo y dejar lo que no lo es, no sólo cuando la venta se hace con fraude para privar por este medio del retracto al pariente, sinó tambien cuando se haya celebrado de buena fe.

Llamas opina todo lo contrario, porque dice que la razon de la ley, en el caso de que se vendan diversas cosas patrimoniales en un solo precio, es igual en el caso de la duda, esto es, que hay un solo único é indivisible precio, y además que no es posible depositar el valor de la patrimonial en los nueve días, como exige la ley, y que donde milita la misma razon debe haber el mismo precepto. De aquí infiere que no puede tampoco retraer ambas fincas, pues no siendo una de ellas patrimonial, no está sujeta al retracto. De modo que, en sentir de Llamas, la una finca no puede retraerse por no ser patrimonial, y la otra por no poderse fijar su precio.

En cuanto á la segunda parte del artículo, que autoriza á retraer una ó más cosas cuando los precios sean particulares, algunos autores creen que este principio no será aplicable en dos casos: 1.º, cuando conste que el comprador no habría comprado una cosa sin la otra: 2.º, cuando las dos cosas fueron dadas en pago de una sola deuda, cada una por su precio; pues debe considerarse como una sola venta, en razon de ser una sola la deuda. De esta opinion son Acevedo, Matienzo y Sala. Otros, sin embargo, expresan que no caben en la ley estas excepciones.

Artículo 1525.—El que intente retraer bienes de patrimonio ó abolengo, deberá consignar desde luégo el precio, si es conocido, y si no lo fuere, dará fianza de consignarlo luégo que lo fuere.

Tambien deberá otorgar obligacion de conservar la finca retraída, á lo ménos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á ménos fortuna al retrayente y le obligare á la venta.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.
Art. 674, ley Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sentencia 9 Abril 1874.

Trascurrido el término de nueve días sin consignarse el precio ó afianzarse en su defecto, no debe darse curso á la demanda de retracto (Sent. 22 Setiembre 1859).

Corresponde exclusivamente al juez de primera instancia la calificacion de la fianza que preste el retrayente de consignar el precio de la finca luégo que le sea conocido (Sent. 27 Enero 1860).

Para cumplir lo prevenido en el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, basta que el retrayente consigne expresamente en la demanda el compromiso de conservar la finca retraída, adquiriendo la estabilidad necesaria en la toma de razon en el oficio de hipotecas (Sent. 27 Enero 1860).

La demanda de retracto no es admisible cuando está destituída de los requisitos que el artículo 674 de la ley de Enjuiciamiento civil exige como indispensables para que pueda dársele curso (Sent. 23 Mayo 1861).

Si bien el principio jurídico de que *al imposible nadie está obligado* puede excusar la firma de letrado en una demanda de retracto, si existe imposibilidad material de obtenerla, no así para eximir al retrayente de cumplir con las demas formalidades que exige el artículo citado, y que como cosa personal está en actitud de llenarlas (Sent. id. id.).

Ofrecida por el que presenta demanda de retracto la oportuna fianza, y prestada despues, segun la designacion judicial, queda suficientemente asegurado el pago del precio de la cosa que se intenta retraer, y no se infringe lo dispuesto en el número 2.º del art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 12 Junio 1866).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar la prueba que se suministre acerca de si el precio que se consigna en una segunda escritura de venta de la cosa sobre que se intenta el retracto, es malicioso y con ánimo de perjudicar al retrayente, á cuya apreciacion hay que atenerse si contra ella no se alega que al hacerla

se haya cometido infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 1.° Julio 1870).

COMENTARIO

La ley de Enjuiciamiento civil, que confirma en parte y en parte modifica la legislacion vigente sobre este punto, exige, para que se dé curso á las demandas de retracto:

1.° Que se interponga en juzgado competente dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.

2.° Que se consigne el precio, si es conocido, y si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luégo que lo fuere.

3.° Que se acompañe alguna justificacion, aunque no sea cumplida, del título en que se funde el retracto.

4.° Que se contraiga (si el retracto es gentilicio) el compromiso de conservar la finca retraída en lo ménos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á ménos fortuna al retrayente, y le obligare á la venta.

7.° Que se acompañe copia de la demanda en papel comun.

Artículo 1526.—Si los bienes de patrimonio ó abolengo se hubieren vendido al fiado, deberá el retrayente constituír, dentro del término marcado en el art. 1519, fianza de que pagará el precio al tiempo en que estaba obligado á hacerlo el comprador.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (72 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 6.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., sobre retracto de las cosas vendidas al fiado, ha sido derogada por la de Enjuiciamiento civil (Sentencia 27 Enero 1860).

No haciendo mencion el tít. XIII de la ley de Enjuiciamiento de las ventas al fiado ó á plazos, no es posible en este caso la consignacion de todo el precio, obligando al retrayente á más de lo que estaba obligado el comprador (Sentencia 12 Junio 1866).

La fianza que asegura el precio en los plazos y forma convenida, equivale á la consignacion del mismo, cuando desde el momento no es exigible, puesto que por el espíritu y letra, así de la antigua como de la nueva legislacion, el retrayente queda subrogado en el comprador con las mismas obligaciones que éste contrajo (Sentencia 12 Junio 1866).

COMENTARIO

¿Está vigente la ley 6.ª, tít. XIII, lib. X, de la Nov. Rec., cuya doctrina se contiene en este artículo?

En sentir de unos autores, está derogada por la ley de Enjuiciamiento civil: en opinion de otros, continúa vigente; y la verdad es que el mismo Tribunal Supremo sostiene á un tiempo mismo ambas soluciones (Véanse las sentencias de 27 de Enero de 1860 y la de 12 de Junio de 1866, que hacen afirmaciones contrarias.)

En nuestro sentir, es, sin embargo, más racional la doctrina de la última, no sólo por las razones que los mismos considerandos asientan, sinó porque en general somos poco afectos á la derogacion virtual de las leyes.

Artículo 1527.—El retrayente de bienes de patrimonio ó abolengo deberá prestar juramento de que quiere la finca para sí, y que no obra fraudulentamente.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Y jure que la quiere para sí (la finca) *y que no lo hace por otro engaño.* Este precepto de la ley recopilada, en realidad no es otro que el contenido en el párr. 2.° de nuestro art. 1525, tomado del 674 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Como el retracto es un derecho personalísimo, y que obedece al deseo de conservar dentro de la familia las fincas que se heredaron de los padres ó de los abuelos, la ley ha tenido que fijar ciertas limitaciones conformes con aquel carácter que hemos asignado al retracto. El que retrae lo ha de hacer para sí y no para otro; por eso, si obrase fraudulentamente, no sería atendible la facultad de retraer, y por eso ha de obligarse á no enajenar la heredad en el término de dos años á lo ménos, segun en otro lugar dejamos dicho.

Artículo 1528.—Cuando alguno tratare de vender bienes raíces que poseyere en comun con otro, éste será preferido por el tanto en la parte de ellos que haya de venderse á un extraño; y si la venta se hubiere efectuado, puede redimir aquella parte entregando al extraño el mismo precio que hubiere satisfecho.

ORÍGENES

Ley 16, tít. X, lib. III, Fuero Real.
Ley 55, tít. V, Partida 5.ª
Ley 9.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (75 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Las leyes de Partida y las recopiladas exigen, para que proceda el retracto de comuneros, que el que lo haya de invocar posea en comun con otro la cosa que pretende reclamar (Sent. 18 Junio 1857).

La mera falta, áun suponiéndola, de línea ó señales de division de dos propiedades, cuya cabida, situacion y linderos están determinados, no es título ó razon bastante para estimarlas poseídas de consuno por los respectivos dueños; ni de consiguiente, para dar á éstos el derecho de retraerlas como comuneros (Sent. 18 Junio 1857).

No procede el retracto de comuneros, ni puede decirse que las fincas se poseen comunalmente, cuando las propiedades están divididas con señales más ó ménos ostensibles, pero conocidas de sus dueños y bien determinada su situacion, cabida y pertenencia, estando limitada la mancomunidad al aprovechamiento de los pastos (Sent. 24 Marzo 1860).

El retracto de comuneros es procedente, conforme á la ley 55, tít. V, Partida 5.ª, cuando dos ó más poseen una finca *comunalmente ó de so uno*. Esta circunstancia existe cuando no aparece division alguna que determine, ó indique por lo ménos, la parte que á cada interesado corresponda, ni su cabida, situacion y linderos (Sent. 28 Enero 1865).

Si bien con arreglo á la ley 55, tít. V, Partida 5.ª, para que proceda el retracto de comuneros es indispensable que la cosa que se intenta retraer esté poseída por *dos ó más comunalmente de so uno*, no puede decirse que se posea de dicho modo cuando está dividida con señales más ó ménos ostensibles, pero conocidas de sus dueños, segun jurisprudencia del Supremo Tribunal (Sent. 1.º Abril 1865).

Si bien las leyes relativas al retracto, como restrictivas del derecho de propiedad y de su libre ejercicio, no deben ampliarse, esto es y se entiende respecto al retracto gentilicio; pero de ningun modo puede tener aplicacion al retracto de comuneros, pues las leyes protegen la consolidacion de los dominios en una sola persona (Sent. 20 Abril 1865).

La cuestion del retracto comunero de unas acciones de minas debe resolverse por las leyes especiales de minas y de sociedades mineras, puesto que constituyendo aquéllas una legislacion privativa, homogénea y completa sobre este ramo, establecen y regulan todos los derechos relativos á la propiedad y aprovechamiento de las mismas, y en ellas únicamente debe buscarse el de retracto de comuneros, en concepto de co-accionista de determinadas sociedades especiales mineras, en el caso de que tal derecho hubiese sido establecido por aquella legislacion como excepcion de sus disposiciones generales (Sent. 22 Marzo 1877).

Aun examinando la cuestion indicada bajo el punto de vista de la legislacion comun, no pueden aceptarse como eficaz motivo de casacion las disposiciones de la ley 55, tít. V, Partidas 5.ª y 9.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., porque si bien pudo creerse que el derecho de tanteo establecido por la primera de estas leyes para el caso que señala, era igualmente extensivo á los bienes muebles que á los inmuebles, está fuera de toda duda, mucho más en vista de lo dispuesto por los artículos 674, núm. 1.º, y 688 de la ley de Enjuiciamiento civil, y de las declaraciones consignadas por el Tribunal Supremo, que el retracto de comuneros, creado por la segunda de dichas leyes, ó sea la 75 de Toro, se concreta y limita á los bienes inmuebles (Sent. id. id.).

Esta doctrina, conforme al objeto y naturaleza de todo retracto, y única conciliable con los requisitos exigidos para el ejercicio de este derecho, forma el texto explícito y literal de la misma ley 75 de Toro, la cual, comprendida en un solo párrafo y en corto número de líneas estrechamente ligadas entre sí, ofrece un solo é indivisible concepto, indicado ya en su epígrafe, á saber: *la solemnidad y diligencias para retraer el comunero la heredad vendida*, desenvuelto despues, en la parte principal de la ley, por las palabras de *si alguno vendiese la parte de alguna heredad que tiene comun con otro*,

en la que se fija el caso único é indeclinable de la ley misma; pues si bien á su terminacion, y sin separacion de período alguno, menciona la cosa vendida, es evidentemente, segun las reglas más triviales de gramática, con referencia á la parte de heredad más arriba expresada, cuya inteligencia, como lo ha declarado el Tribunal Supremo, se comprueba por el concepto de la propia ley, de que en el ejercicio de aquel derecho haya lugar y se practique lo contenido en las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., que incuestionablemente se contraen á bienes raíces (Sent. id. id.)

Aun cuando las acciones de sociedades mineras se califiquen de bienes inmuebles, ó se suponga la citada ley 75 de Toro extensiva á los muebles, no sería posible aplicar esta ley á aquellas acciones sin desviarse completamente del espíritu y propósito de la ley misma, y sin contrariar la índole y naturaleza especial de dichas sociedades, pues concretándose aquella ley á la *parte de alguna heredad que uno tiene en comun con otro*, establece el retracto para evitar los inconvenientes de la indivision y venir á parar á la *unidad* en el dominio de la finca toda, á que naturalmente está destinada, miéntras que la sociedad minera, cuyo capital se forma por acciones, supone desde luégo la *pluralidad* de socios y la completa division é independencia de las acciones entre sí, sin mancomunidad alguna entre ellas, ántes bien con el natural destino de ser entregadas á su libre é individual circulacion, á no estipularse lo contrario por pacto expreso (Sent. id. id.).

Es ineficaz é infundado el motivo de casacion que se alegue citando de una manera vaga y genérica como infringido el decreto de bases generales para la nueva legislacion de minas de 29 de Diciembre de 1868, sin determinar cuál de sus treinta y tres artículos lo haya sido, pues aunque se prescinda de este defecto y se suponga que el recurrente se refiera á los artículos más favorables á su propósito, cuales son el 19 y el 23, en que se establece que las concesiones para la *explotacion* de sustancias minerales son á perpetuidad, mediante el cánon anual que se fija por hectárea, y que sólo caducarán cuando el dueño deje de satisfacer el importe de un año de este cánon, no cabe racional ni jurídicamente deducir de estas disposiciones, en el caso de una sociedad minera por acciones, el derecho de retracto á favor de cada uno de sus socios, respecto á estas mismas acciones, mucho ménos si se atiende á las observaciones anteriormente expuestas, y á la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, de que al constituirse toda sociedad industrial ó mercantil se crea una personalidad jurídica distinta de los socios, y de que el retracto, como restrictivo del derecho de propiedad y de su libre ejercicio, solamente puede ser admitido en los casos en que se halle clara y expresamente establecido por la ley (Sent. id. id.).

El art. 3.º de la ley de sociedades especiales mineras declara que será determinado el número de acciones, y éstas representarán partes iguales en los gastos, ganancias, créditos y pérdidas: el art. 15 de la misma ley previene que las acciones podrán trasmitirse libremente; el decreto de 29 de Diciembre de 1868, si bien sustituyó el antiguo principio regalista con el del dominio público ó sea la entidad colectiva de Estado, establece en su art. 6.º que el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado: y finalmente, segun reiteradas decisiones del Tribunal Supremo, no procede el retracto de comuneros, ni puede decirse que las fincas se posean por dos personas *comunalmente de so uno*, cuando las propiedades están divididas con señales más ó ménos ostensibles, pero conocidas de sus dueños (Sentencia id. id.).

No es posible deducir lógicamente del hecho de que las acciones de sociedades mineras puedan trasferirse libremente, una consecuencia favorable á su retracto: siendo evidente, por el contrario, que interponiéndose el retrayente entre el trasferente y la persona de que por mutuo consentimiento de ambos ha de adquirirlas, se quebranta este mutuo convenio, oponiéndose directamente á la libertad de las trasferencias y de la contratacion (Sent. id. id.).

Segun lo dispuesto en el art. 9.º de la ley de 15 de Junio de 1866, en las enajenaciones que verifique el Estado de la parte que le corresponda en fincas cuyo dominio se haya dividido, tendrá el condueño derecho de tanteo, que podrá reclamar dentro de los diez días siguientes al acto del remate (Sent. 20 de Enero 1880).

COMENTARIO

Las leyes citadas conceden los dos derechos de tanteo y retracto al que posee una cosa *de so uno* con otro que quiere venderla ó que la ha vendido. Estos derechos reciben la denominacion de *tanteo y retracto de comuneros*.

No nos hacemos cargo de la cuestion susci-

tada por los autores, acerca de si podrá alegarse el derecho de retracto tratándose de bienes muebles, pues la duda se resolvió en sentido negativo por el Tribunal Supremo.

Pero resuelta la dificultad en cuanto al retracto, subsiste tratándose del tanteo, pues la ley de Partida emplea la palabra *cosa*, dentro de la cual deben comprenderse, con arreglo al sentir de algunos autores, así los muebles como los raíces. En este sentido se expresa Gregorio Lopez en su comentario á la ley 55 citada, y así parecen admitirlo otros escritores de nuestros días.

La numerosa jurisprudencia que dejamos trascrita nos releva de ser más extensos en este comentario.

Artículo 1529.—El que retrajere bienes poseídos en comun, deberá comprometerse á no vender la participacion del dominio que retraiga, durante cuatro años (*a*).

En todo lo demas, el retracto de bienes poseídos en comun se regirá por las mismas reglas contenidas en los artículos precedentes para el de bienes de patrimonio ó abolengo (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Art. 674, ley de Enjuiciamiento civil.
(*b*) Ley 9.ª, tit. XIII, lib. X, Nov. Rec. (75 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 75 de Toro, ó sea la 9.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., que estableció el retracto de comunidad conforme y en los mismos términos señalados por la ley 1.ª del mismo título y libro, ha sido aclarada por el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 29 Abril 1875).

COMENTARIO

El retracto de comuneros se rige por los mismos preceptos y leyes que el gentilicio.

Esto es el principio general que señala la ley 75 de Toro.

Esta regla tiene, sin embargo, una excepcion, que es lo dispuesto en el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil, á saber: que el retrayente ha de obligarse á no enajenar la participacion del dominio que haya retraído, durante cuatro años á lo ménos.

Artículo 1530.—La facultad que el artículo 1528 concede á los condueños para tantear y retraer las porciones de bienes comunes que se enajenen, será extensiva al señor del dominio directo y al del superficiario ó útil respectivamente (1).

ORÍGENES

Ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (74 de Toro).
Art. 7.°, ley de Señoríos de 3 de Mayo 1823.

JURISPRUDENCIA

El retracto del dominio directo es distinto por su naturaleza y carácter del gentilicio (Sent. 12 de Marzo 1862).

No es doctrina legal que, á falta de precepto expreso respecto al retracto de dominio directo ó superficial, sea aplicable á él lo dispuesto en las leyes 5.ª y 9.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., y en el art. 677 de la de Enjuiciamiento civil (Sent. 12 de Marzo 1862).

Las leyes 29, tít. VIII, Partida 5.ª, y 8.ª, título XIII, lib. X, Nov. Rec., al conceder derecho de retracto y tanteo al señor del dominio directo, suponen como condicion necesaria que esté dividido el dominio directo y útil, pues de otro modo faltaria el motivo de la concesion de aquel derecho, cual es el de facilitar la consolidacion de ambos dominios (Sent. 16 Diciembre 1865).

La ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., sólo trata de la preferencia que debe darse al dueño del dominio útil, cuando concurre para retraer á la vez un pariente por retracto gentilicio (Sent. 1.° Junio 1869).

COMENTARIO

Ademas de los tanteos y retractos de que nos hemos ocupado en artículos precedentes, nues-

(1) En cuanto al derecho de tanteo en los bienes que el Estado enajena en concepto de bienes nacionales, debe tenerse presente la ley de 15 de Junio de 1866, cuyo art. 9.° dice así:

«Art. 9.° En las enajenaciones que verifique el Estado de la parte que le corresponde en fincas cuyo dominio se halle dividido, tendrá derecho de tanteo el condueño, y si fueren varios, el que lo sea de mayor porcion, pasando, en caso de no ejercitarlo, al inmediato porcionero. Este derecho se reclamará dentro de los nueve días siguientes al acto del remate, ante cualquiera de los juzgados que haya intervenido en la subasta.»

tras leyes reconocen y admiten otro, que los autores denominan retracto y tanteo de los *dueños, directo y útil.*

Así como por el retracto de comuneros se favorece la reunion en un solo dueño del derecho que estaba repartido é indiviso entre dos ó más que tengan respecto á la finca la calidad de condueños, por el retracto de que ahora nos ocupamos se procura la consolidacion del dominio directo y útil, que se hallaban disgregados y poseidos por diversas personas.

El tanteo y el retracto no son incompatibles en el caso presente, como han querido algunos autores. Antes al contrario, el señor directo ó el dueño del útil pueden ejercitar el que entiendan preferible; el primero en el plazo de dos meses, como veremos oportunamente en el Título de censos, y el segundo en los nueve días siguientes á la venta, como todos los retractos.

El derecho de tanteo, que con arreglo á la ley de Partida corresponde al señor directo, ¿lo tiene tambien á su favor el superficiario? Las leyes de Partida y las recopiladas no se lo conferían, bien que la ley 12 (párrafo 11) tít. XV, lib. X, Nov. Rec., lo concedió á los censatarios de casas en Madrid, en el mismo tiempo y forma que lo tenía el señor directo; pero el art. 7.° de la ley de señoríos de 1823 dispuso que el derecho de tanteo fuera recíproco en adelante para los poseedores del dominio directo y útil, los cuales deberán avisarse dentro del término prescrito por la ley, siempre que cualquiera de ellos enajene el dominio que tiene. Así, pues, el dueño útil tiene derecho de tanteo: mas téngase presente que el artículo citado habla sólo de las enfitéusis de *señorío* que hayan de subsistir, pero nada dice de los puramente alodiales. Sin embargo de esto, hemos preferido redactar el artículo sin consignar excepciones, haciendo constar en el comentario la duda, porque acaso en la práctica no se interprete tan restrictivamente el precepto legal. De todos modos, téngáse presente esto, y que en nuestro sentir el precepto, tal como resulta en nuestro artículo, es más equitativo.

Artículo 1531.—El señor del dominio directo ó del útil que intente consolidar ambos dominios mediante el derecho de retracto á que se refiere el artículo anterior, deberá contraer el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años.

ORÍGENES

Art. 674, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

Este precepto concuerda con los contenidos en el párr. 2.° del art. 1525, y en el párr. 1.° del 1529.

Artículo 1532.—Cuando con el señor del dominio directo, ó con el del útil, ó con el comunero, concurra á retraer un pariente del vendedor, será preferido á éste el que de aquéllos hubiere concurrido.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (74 de Toro).

COMENTARIO

En concurrencia el señor del dominio útil con el pariente más próximo del vendedor, será preferido aquél. La misma regla se observará cuando el que concurriere con el pariente que alega el retracto gentilicio, sea el dueño útil ó superficiario, ó el comunero. Esta es la disposicion de la ley.

Ahora bien: ¿qué preferencia tienen entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero? La ley no resuelve esta cuestion. Diremos, sin embargo, qué es lo que opina Llamas. Supóngase—dice—que un superficiario vende la cosa en que goza la superficie, y concurren á sacarla por el tanto el señor del directo dominio y el consocio superficiario: en este caso la preferencia debe tenerla el señor del dominio directo, porque al superficiario, como al enfitéuta, se le prohibe enajenar la cosa sin permiso del dueño directo, y áun tiene que esperar dos meses á que se le conceda la licencia, con que es á todas luces claro que la venta hecha por el superficiario á favor de un consocio en la superficie, es absolutamente nula, si no ha intervenido permiso del señor directo, y de consiguiente á éste corresponde la preferencia que propiamente puede llamarse de tanteo, y no de retracto.

Mayor dificultad—añade—ofrece el caso de que el señor del directo dominio venda la cosa, y concurra á retraerla un consocio del dominio directo con el superficiario de la misma cosa; en cuyo caso, aunque muy raro y nada comun,

parece debe decidirse que se ha de conceder la preferencia al superficiario, con exclusion del consocio del dominio directo, á causa de la mayor adhesion, simpatía y correlacion que tiene el dominio útil de unirse al directo, y viceversa, del directo al útil, que no á otro de su mismo género, porque la separacion del dominio directo del útil divide las partes naturales de un todo, y siendo esta division violenta, por ser contra la naturaleza de la cosa, que lleva consigo el que sus productos cedan en beneficio de su dueño, siempre apetece la reunion de sus partes para consolidarlos y constituír el dominio pleno y perfecto de la misma, que es el natural y verdadero.

Por último—termina diciendo—no puede tener lugar la concurrencia entre el comunero y el señor directo ó el superficiario, pues siendo el comunero señor del dominio pleno y absoluto de la cosa, implica que ninguno tenga en la misma el dominio directo ó útil.

Artículo 1533.—En cualquiera de los casos comprendidos en los artículos de esta seccion, si el que intentare el retracto no reside en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, ademas de los nueve días que prescribe el art. 1519, uno por cada diez leguas que distare de dicho pueblo el de su residencia (*a*).

Si la venta se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve días no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Art. 675, ley de Enjuiciamiento civil.
(*b*) Art. 676, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Interpuesto el retracto dentro de los nueve días contados desde que el retrayente tuvo noticia de las ventas hechas sin su conocimiento, la sentencia que le niega ese derecho, bajo el supuesto de que la falta de aviso de aquellos contratos no demuestra malicia, infringe la doctrina de jurisprudencia, de que no puede haber buena fe cuando á sabiendas se falta á una obligacion, y como consecuencia al art. 676 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 18 Noviembre 1864).

Para que pueda tener lugar lo dispuesto en el art. 676 de la ley de Enjuiciamiento civil, de que el término de los nueve días dentro de los cuales deben interponerse las demandas de retractos no empiece á correr desde el otorgamiento de la escritura de venta de la cosa que se pretenda retraer, como se previene en el número 1.° del art. 674, sinó hasta el dia siguiente al en que se acreditase que el retrayente ha tenido conocimiento de la venta, es necesario que ésta se hubiese ocultado con malicia (Sentencia 27 Junio 1865).

Para que pueda estimarse la demanda de retracto es indispensable que se interponga dentro del término de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, segun se dispone en el art. 674, número 1.°, ley de Enjuiciamiento civil, á no ser que aquélla se hubiese ocultado con malicia, en cuyo caso dicho término no empezará á correr hasta el siguiente día del en que se acreditase que el retrayente había tenido conocimiento de la venta, conforme al art. 676 de la expresada ley (Sent. 9 Abril 1874).

No infringe una sentencia al estimarse el retracto, el art. 675 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni las leyes 1.ª, 2.ª y 9.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec., que señalan el término de nueve días para ejercitar ese derecho, desde el otorgamiento de la escritura de venta, cuya disposicion admite la excepcion de haberse ocultado la venta con malicia (art. 676 de la ley de Enjuiciamiento), si la Sala ha apreciado las pruebas, estimando haber concurrido dicha circunstancia, sin que contra esta apreciacion se haya citado como infringida ley ni doctrina legal (Sent. 27 Abril 1876).

El art. 676 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el cual se dispone que el término de los nueve días para ejercitar el derecho de retracto no empezará á correr hasta el día siguiente al en que se acreditase que el retrayente ha tenido conocimiento de la venta, si ésta *se hubiera ocultado con malicia*, es inaplicable cuando la Sala sentenciadora declara expresamente que no concurrió malicia, que dicho artículo exige para alterar el término ordinario (Sent. 30 Marzo 1878).

Artículo 1534.—La enajenacion que el retrayente hiciere ántes del vencimiento de

los respectivos plazos del compromiso, marcados en el párrafo segundo del art. 1525, párrafo primero del 1529, y en el 1531, sin la conformidad del comprador, es nula.

ORÍGENES

Art. 690, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

En cumplimiento de lo prevenido en los artículos que se citan, la enajenacion que se lleve á cabo violando el compromiso contraido, es nula. Esto no obsta para que el comprador pueda relevar al retrayente de aquel compromiso, habilitándole para enajenar la cosa que hubiera adquirido por el retracto, y separar los dominios que por él se hubieren consolidado.

CAPÍTULO IX

DE LA RESCISION Y NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA

Artículo 1535.—Si despues de celebrada la venta resultase que cualquiera de los contrayentes hubiera experimentado lesion en más de la mitad del justo precio, podrá pedir que se rescinda el contrato, ó que se le reintegre de la diferencia en que consista la lesion.

ORÍGENES

Ley 56, tít. V, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. X, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1.ª, tít. XVII, Ordenamiento de Alcalá y 1380).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1529, Cod. Italia.—El 1674 Francia exige que la lesion sea de más de siete duodécimas partes del justo precio.

JURISPRUDENCIA

Falta el fundamento esencial de ella cuando, segun la apreciacion de las pruebas, legalmente hecha por el juez, no consta en autos el verdadero valor de las fincas en la época del contrato (Sent. 26 Octubre 1857).

Cuando el punto de la rescision de una venta fué tratado en juicio y decidido por sentencia ejecutoria, no pueden los mismos litigantes promover en otro juicio nueva cuestion acerca de él, porque lo impide la excepcion de cosa juzgada (Sent. 8 Octubre 1859).

Las doctrinas admitidas como jurisprudencia por los Tribunales de que la «accion de lesion no cabe en la transaccion ó avenencia,» y la de que «tratándose de un contrato escriturado, la lesion ha de tener las condiciones legales, para que pueda ser rescindido,» no pueden tener aplicacion en un pleito en que no se trata del cumplimiento de un contrato ó avenencia (Sent. 12 Junio 1862).

No existiendo lesion en una venta, no es aplicable al caso la ley 2.ª, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion (Sent. 11 Diciembre 1863).

Cuando el vendedor no padece engaño en la estimacion y precio de la cosa que vende, sin que por otra parte haya términos hábiles para la apreciacion del daño, la sentencia que declara procedente la rescision por lesion enorme, infringe la ley 3.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., y su regla 25, tít. XXXIV, Partida 7.ª (Sent. 28 Marzo 1863).

Si bien la lesion en los contratos se equipara á engaño ó error en la mitad del justo precio, por éste no se entiende meramente el intrínseco ó material de la cosa, sinó el que fija la estimacion por lo que ofrecen ó dan por ella con relacion á lo que produce ó reditúa, especialmente tratándose de establecimientos industriales (Sent. 12 Marzo 1864).

Es procedente la rescision del contrato de venta, con arreglo á la ley 2.ª y 8.ª, cód. *De rescindenda venditione*, por lesion en más de la mitad, aunque no exceda de las dos terceras partes del justo precio de la cosa vendida (Sentencia 8 Marzo 1865).

Para que tengan aplicacion las leyes y doc-

trinas relativas á la lesion enormísima, es necesario que conste la certeza de los hechos en que se funde (Sent. 9 Noviembre 1865).

A la Sala sentenciadora toca apreciar, en uso de sus atribuciones, el valor de la prueba suministrada por las partes acerca de si ha habido ó no lesion en un contrato, á cuya apreciacion ha de estarse, ínterin no se alegue contra ella que, al hacerla, se ha infringido alguna ley ó doctrina legal (Sents. 19 Noviembre 1866 y 26 Noviembre 1866).

La lesion de un contrato, como hecho que es, debe ser apreciada por la Sala sentenciadora en vista del resultado de las pruebas, debiendo atenerse á esa apreciacion ínterin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sents. 21 Diciembre 1866, 12 Febrero y 23 Mayo 1874, 20 Enero 1875, y 8 y 16 Mayo 1877).

Es una cuestion de hecho la de si en el contrato ha existido ó no lesion (Sents. 27 Noviembre 1868, 29 Diciembre 1868, 16 Abril 1869, 3 Febrero 1871, y 1.° Marzo 1871).

Cuando se decide por la Sala sentenciadora, en vista de las declaraciones periciales, que ha habido engaño en más de la mitad del justo precio, la sentencia que declara rescindida la venta no infringe las leyes 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., y 56, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 16 Abril 1869, 12 Abril 1878 y 13 Diciembre 1878).

El decidir si existe lesion enormísima para pedir la rescision de una escritura, es una cuestion de hecho, de la exclusiva decision de la Sala sentenciadora (Sent. 5 Diciembre 1870, 30 Abril 1874 y 26 Abril 1876).

Cuando se entabla la demanda de rescision por lesion enorme, al demandante incumbe probar, como primer fundamento de la accion, el verdadero valor de la cosa enajenada al tiempo del contrato, para conocer la lesion que haya sufrido en él (Sents. 1.° Marzo 1871 y 26 Abril 1875).

Segun doctrina admitida por el Tribunal Supremo, la accion rescisoria por lesion en más de la mitad del justo precio supone válida la obligacion en su orígen y formalidades legales, puesto que si por defecto de éstas fuese nula, procedería como principal la accion de nulidad, y haría innecesaria en este caso y áun excluiría la rescisoria como subsidiaria (Sentencia 30 Abril 1872).

Si los bienes vendidos constituían parte del conjunto de los de la testamentaria, como que no pertenecian á ninguno de los herederos y legatarios en particular, ínterin que no hubiese llegado el caso de la division y adjudicacion, es claro que sólo en este caso podrían los menores que estuviesen interesados hacer sus reclamaciones, si por virtud de ventas anteriores hubiesen sufrido lesion en su porcion hereditaria, y áun en este caso no procedería la nulidad de la venta, sinó únicamente la indemnizacion del daño causado en aquélla (Sent. 7 Febrero 1873).

Segun lo establecido en las leyes 56 y 62, tít. V, Partida 5.ª, y la 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., para que proceda la rescision del contrato de compra-venta por lesion, es indispensable que se pruebe que la cosa haya sido vendida por más ó ménos de la mitad del justo precio que valiese al tiempo en que el contrato se verificó (Sent. 3 Febrero 1876).

COMENTARIO

Cuestionan los jurisconsultos, especialmente los alemanes, si la rescision por lesion debe conservarse en los Códigos ó ha de borrarse de ellos.

No hemos de explicar aquí, con todo el detenimiento que fuera necesario, los términos de esta polémica, y nos limitaremos á hacer algunas indicaciones respecto á los fundamentos de las opiniones que se sustentan.

El eminente Mr. de Portalis ha tratado esta cuestion con erudicion y profundidad.

Segun él, el precio debe ser el equivalente de la cosa vendida, siendo, por lo tanto, preciso que corresponda al valor de esta cosa. En los contratos onerosos, el beneficio ó el interes forman su causa, la verdadera razon del compromiso. Hay, pues, que examinar si el beneficio, si el interes es real ó imaginario, si es proporcionado, es decir, si hay un equilibrio razonable entre lo que se da y lo que se recibe; si hay lesion, es decir, si no existe el equilibrio necesario entre la cosa y el precio, el contrato carece de causa, ó por lo ménos la que tiene no es razonable ni suficiente para una de las partes contratantes. Ademas, toda lesion practicada conscientemente es un acto de injusticia; la lesion equivale ó supone un dolo; *dolum re ipsa*, le llamaban los jurisconsultos romanos.

Sin embargo de este razonamiento, Mr. Portalis no cree que puede hacerse extensivo el recurso de la rescision al comprador, cuando se trate de bienes muebles, y áun en los inmuebles cuando no pase de las siete duodécimas partes

del justo precio, lo cual no deja de acusar una falta de lógica.

En contra de la opinion de Mr. Portalis dice Goyena: «La rescision es rechazada por unos absolutamente; otros la admiten. Entre estos segundos, unos la conceden á solo el vendedor, otros á solo el comprador, otros á ambos. Unos la admiten solo en la venta de inmuebles; otros en la de todas las cosas; unos admiten su renuncia, otros la prohiben ó anulan; unos la rechazan cuando el vendedor conoció la lesion al tiempo de la venta, otros no: unos hablan vagamente de la lesion en más de la mitad: otros quieren que haya de ser de más de siete dozavos: unos limitan la accion á solo dos años, otros la alargan á cuatro, á cinco, y hasta á treinta.

»Tanta perplejidad y contradiccion no son la mejor prueba ó apología de la justicia y conveniencia de esta especie de rescision.

»¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de sus cosas mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez más competente para apreciar lo crítico ó indiferente de su posicion particular? Si vende, es porque así le conviene, ó porque no encuentra quien le dé más: y en tal caso, resulta que ha vendido por lo que entónces valía la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente su precio.

»¿Y cuál es el justo precio que escogeis para regular la lesion? Vosotros conoceis tres justos precios para cada cosa: sumo, medio é ínfimo: y segun el que se escoja, puede ó no resultar lesion.

»¿Y por un real más ó ménos de la mitad del justo precio, quizá por maravedises, ha de quedar incierta la propiedad de una finca que ha podido costar millones, y tal vez se halle en poder de un tercero ó hipotecada? Cuidado, que á los malos efectos de este inconveniente, ni se ocurre ni puede ocurrirse en ningun sistema hipotecario, áun el mejor combinado.

»Y no olvidéis que las ventas y negociaciones industriales son hoy día más importantes que las de los bienes inmuebles: si no envolvéis en la rescision las primeras, son inconsiguientes: si las envolvéis, introducis el caos, matáis la industria y el comercio.»

Por otra parte, cabe añadir, la lesion no puede jamás significar dolo. El comprador doloso que quiera abusar del vendedor necesitado es seguro que apelará al expediente de hacer constar en la escritura un precio mayor que el realmente entregado, pues de otro modo queda siempre sujeto á la rescision, que el vendedor no dejará de reclamar.

Sea de ello lo que quiera, en nuestras leyes consta este recurso, conferido así al comprador como al vendedor, bien que en algunas legislaciones forales, como la aragonesa, se conserva el principio de nuestra legislacion nacional, *res tantum valet quantum vendi potest*, y por consiguiente no admiten la rescision.

Para que la accion por lesion enorme sea procedente es necesario que la diferencia entre el precio justo y el entregado sea de más de la mitad, como si lo *que valió diez lo vendió por ménos de cinco... ó lo que valió diez dió por ello más de quince*.

Esta accion compete lo mismo al comprador que al vendedor. Sus efectos son, ó la rescision del contrato, ó el reintegro de la diferencia en que consista la lesion.

Téngase presente que con arreglo al art. 38 de la ley Hipotecaria, no pueden rescindirse ni anularse los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por lesion enorme.

La rescision procede áun en el caso de que la venta *se haga por almoneda*, segun declara expresamente la ley. Nosotros no hemos consignado esta aclaracion, porque diciendo simplemente «en la venta,» sin hacer más excepciones á la regla general de este artículo que las consignadas en los 1539, 1540 y 1541, dicho se está que cualquiera otra que no sea de las admitidas en dichos artículos no surtirá efecto.

Artículo 1536.—Para que el comprador ó el vendedor puedan ejercitar la accion que les concede el artículo anterior, es necesario que la cosa vendida no haya perecido ó empeorado mucho.

ORÍGENES

Ley 56, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Para utilizar el remedio que concede la ley cuando se cree que existe lesion enorme en un contrato ó venta, son requisitos indispensables, entre otros, que se justifique haberse verificado la venta con engaño en más de la mitad del justo precio, y que la cosa vendida no sea muerta *nin mucho empeorada* (Sent. 31 Marzo 1868).

Artículo 1537.—El término para ejercitar esta accion dura cuatro años, contados desde el día en que se celebró el contrato.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1.ª, tít. XVII, Ordenamiento de Alcalá, y 1380).

JURISPRUDENCIA

Para que tenga aplicacion la ley 2.ª, tít. I, libro X, Nov. Rec., es necesario pedir la rescision de la venta, ó el resarcimiento del daño causado dentro de los cuatro años prefijados en la misma (Sent. 30 Junio 1864).

No se infringe la ley 16, tít. XI, Partida 4.ª, segun la cual es obligado á deshacer el engaño el que lo hiciere, si montase más ó ménos de otro tanto del precio derecho que valía la cosa, por la sentencia que declara no haber lugar á la rescision de una venta cuando, á juicio de la Sala sentenciadora, no puede obtenerse conocimiento del verdadero valor de lo vendido en el tiempo en que tuvo lugar, han trascurrido los cuatro años en que ha de pedirse la rescision, y ademas existe la renuncia y donacion que verificó el vendedor para el caso de haber exceso (Sent. 12 Abril 1871).

Segun las leyes 56, tít. V, Partida 5.ª, y la 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., son rescindibles los contratos de compra-venta cuando ésta se efectúa por más ó ménos de la mitad del justo precio, con tal que la accion «haya lugar del dia en que fueron fechos los contratos fasta cuatro años y no despues,» y que asimismo en la primera que si «el comprador ó vendedor jurare cuando fiziere la compra ó la vendida que maguer la cosa valiese más ó ménos, que nunca pudiere demandar que fuere desatada la vendida,» (Sent. 12 Febrero 1875.)

COMENTARIO

Cuando la lesion excede en algo á la mitad del justo precio, se llama enorme. Cuando excede en mucho ó pasa de las dos terceras partes del precio justo, se le da la denominacion de enormísima.

¿Produce diversos efectos una que otra lesion?

Algunos autores dicen que se diferencian en que la lesion enorme faculta para pedir la rescision *fasta quatro años y no despues*, en tanto que la enormísima da lugar á una accion rescisoria que no prescribe sinó á los veinte años.

Sin embargo, la opinion de los autores respecto al tiempo en que pueda reclamarse la rescision por haber mediado lesion enormísima, no ha sido aún, que sepamos, confirmada por la jurisprudencia.

Artículo 1538.—La accion rescisoria por lesion puede ser renunciada bajo juramento por el comprador mayor de catorce años.

ORÍGENES

Ley 56, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La renuncia de toda accion rescisoria por lesion, hecha en términos generales, y sin el juramento que exige la ley 56, tít. V, Partida 5.ª, es legalmente ineficaz, y no puede obstar al derecho de reclamar que la misma concede, siempre que se lesiona á una parte contratante en más de otro tanto del justo valor de la cosa (Sent. 12 Febrero 1875).

Si bien la ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., en la que ha venido á refundirse la 56, tít. V, Partida 5.ª, autoriza la nivelacion del precio ó la rescision de la compra-venta á instancia de cualquiera de las dos partes contratantes, si dentro del término de cuatro años, contados desde la celebracion del contrato, alega y demuestra cumplidamente la lesion en más de la mitad del justo precio, esa disposicion no puede tener lugar cuando en el contrato mismo se estipula expresamente la renuncia é inadmisibilidad de la accion indicada, habiéndose ademas dejado pasar con exceso el término mencionado, y no habiéndose demostrado ni intentado probar la existencia de tal lesion (Sent. 27 Junio 1877).

COMENTARIO

«Si el comprador ó el vendedor jurare cuando fiziese la compra ó la vendida, que maguer la cosa valiesse más ó ménos que nunca pudiere demandar que fuesse desatada la vendida; si fuere mayor de catorze años el que vendió cuando la jura fizo, deue ser guardada la jura: é non se puede desatar estonce la compra nin la vendida por tal razon.» Esto dice la ley de Partida; mas los autores discuten sobre su observancia, opinando muchos que la renuncia es siempre nula, porque en otro caso la ley sería ilusoria,

pues no se harian contratos sin que se acompañase la fórmula de renuncia.

Alegan, ademas, que por las leyes 6.ª y 7.ª, tit. I, lib. X, Nov. Rec., el juramento no vale ni surte efecto contra las leyes prohibitivas.

Esto no obstante, el Tribunal Supremo ha reconocido la validez de esta renuncia.

Artículo 1539.—No podrá ejercitarse la accion que concede el art. 1535, en las ventas hechas contra la voluntad del vendedor, previa tasacion y licitacion pública.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1.ª, tít. XVII, Ordenamiento de Alcalá y 1380).

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Enero 1865.

Aunque tambien es posible la demanda de lesion contra las ventas judiciales, es preciso, para que tenga lugar, reclamar en tiempo oportuno y justificar este vicio; y por tanto, no probándose su existencia, es ineficaz la cita de la ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que declara la rescision de las ventas y demas contratos en que intervenga engaño en más de la mitad del justo precio, y la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que la rescision procede áun en las ventas judiciales practicadas en almoneda pública y con las solemnidades legales (Sent. 30 Abril 1874).

COMENTARIO

«Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendicion de los tales bienes se hiciere contra la voluntad del vendedor, y fuesen cumplidos y apremiados compradores para la compra, y fuesen vendidos por apreciadores y públicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de más de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley.»

Solian los jueces compeler á mercaderes ó á otras personas á comprar los bienes de los delincuentes, ya para sus salarios, ya para otros gastos y condenaciones. La ley 7.ª, tít. XII, lib. X de la Nov. Rec., declaró nulas semejantes ventas. Sin embargo, áun despues de publicada esta ley en tiempo de Felipe III, se empleaba el medio de la adjudicacion forzosa de los bienes de los deudores para pago del fisco, si bien luégo se determinó que no se usara de este privilegio sin expresa real autorizacion. Pueden verse las notas 1.ª á 5.ª del titulo citado. No tenemos necesidad de advertir que semejantes disposiciones han caducado, y que en el día únicamente queda vigente el precepto tal como se halla en nuestro artículo, y áun así de muy dudosa observancia. Véase la jurisprudencia.

Artículo 1540.—Tampoco podrá ejercitarse aquella accion cuando la lesion causada no sea de más de la mitad del justo precio, á no ser que intervenga dolo ó mala fe.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., establece la rescision de todo pacto en que intervenga engaño en más de la mitad del justo precio (Sentencia 24 Setiembre 1858).

No habiéndose alegado ni sido objeto del pleito la lesion sufrida por uno en un contrato, no puede considerarse infringida y ser motivo de casacion la ley 3.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 9 Noviembre 1866).

Para que haya lugar á la rescision de la venta en los casos en que la autorizan las leyes 56 y 62, tít. V, Partida 5.ª, es necesario, segun lo que las mismas establecen, que se pruebe la existencia de la lesion en más ó ménos de la mitad del justo precio de la cosa, ó haber mediado dolo ó engaño en el contrato (Sent. 22 Enero 1874).

Ha de estarse á la apreciacion de la Sala sentenciadora sobre si en la venta de que se trata han concurrido ó no todas las expresadas circunstancias (Sent. id. id.).

Artículo 1541.—Los peritos que se encargasen por contrata de la ejecucion de obras, no podrán alegar lesion de más de la mitad del justo precio.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Esta regla no es aplicable, ni se privará á los artífices de la accion por lesion enorme cuando

contratan respecto de artes ú oficios que no son de su pericia ó incumbencia (Sent. 18 Junio 1864).

Artículo 1542.—Lo dispuesto en el artículo 1535 y siguientes sobre lesion en más de la mitad del justo precio es igualmente aplicable á los cambios y otros contratos semejantes.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1.ª, título XVII, Ordenamiento de Alcalá).

COMENTARIO

Aun cuando no tenemos leyes que de una manera general se ocupen de la rescision por causa de lesion enorme, la ley 2.ª citada declara extensivo su precepto (referente á las compras y ventas) á los cambios y otros contratos semejantes, es decir, á todos los contratos onerosos en que sea posible la lesion. Así lo interpretan en general los autores.

Acaso este precepto no esté colocado en este lugar con verdadera razon de método; mas lo cierto es que no tiene lugar apropiado en que no pueda objetarse algo en este sentido. Así, hemos juzgado más oportuno colocarlo aquí, ya que todos los demas preceptos de la misma ley van expuestos en el presente capítulo.

Artículo 1543.—Cuando la venta fuere resultado de un contrato previo, el no cumplimiento de éste da derecho á la rescision de aquélla.

Si la venta fuere seguida de otro contrato, el no cumplimiento de éste solamente dará lugar á la indemnizacion de daños y perjuícios.

ORÍGENES

Ley 58, tít. V, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 58, tít. V, Partida 5.ª, al declarar que puede deshacerse la venta cuando el comprador no cumple el pacto ó convenio establecido sobre ella, supone que de este pacto depende la subsistencia del contrato (Sent. 8 Enero 1874).

Al aplicar la ley 58, tít. V, Partida 5.ª, que dispone para el contrato de compra-venta *que aquel que fizo la postura tenudo es de la cumplir é de enmendar al otro los daños é los menoscabos quel vinieren por razon que non guardó el pleito que fué puesto en la vendida*, no infringe la ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, ni la doctrina del Tribunal Supremo acorde con ella, las que, tratando del abono de daños y perjuícios en los contratos innominados, nada resuelven sobre los que proceden de otros contratos (Sent. 4 Mayo 1875).

COMENTARIO

Las ventas no se rescinden únicamente por lesion enorme. Esta ley señala un caso nuevo, pues que los hombres «muevense á las vegadas á vender sus cosas por pleito que les fazen ante en las vendidas ó por cosas que les prometen, de manera que si esto no les prometieren no las querrian vender,» es decir, que en este caso la venta tiene una causa sin la cual el contrato no se hubiera realizado. Racional es, por lo tanto, que no existiendo la causa, cese la venta; por eso dice la ley: «ca si non lo guardassen en la manera que fué puesto, desfacerse y ha por ende la vendida.»

Lo contrario se observará cuando la promesa ó pacto siguieren á la venta, pues que entónces no son causa de ella; pero quedará libre la accion al perjudicado para reclamar la correspondiente indemnizacion.

Artículo 1544.—El haberse celebrado la venta cediendo el vendedor á la necesidad ó la desgracia no le da accion para rescindir el contrato, á no ser en el caso del art. 1535, ó si mediase engaño por parte del comprador.

ORÍGENES

Leyes 12, 57 y 62, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Este artículo contiene las siguientes reglas:

1.ª Que el haberse celebrado la venta cediendo el vendedor á la necesidad ó á la desgracia, «por gran cuita que estava de fambre ó por muchos pechos que auia á dar... non abonda para desfazer la vendida.»

2.ª Que la rescision solamente procederá en el caso del art. 1535.

3.ª Que mediando engaño por parte del comprador, «non seyendo el vendedor sabidor de cuanto valía la cosa, ó si le moviesse por razones engañosas de manera que gela ouiesse de vender, decimos que tal vendida como esta se puede desfazer, é non vale.»

Artículo 1545.—La compra y venta otorgada válidamente sólo podrá rescindirse por el mutuo disenso de los contratantes.

ORÍGENES

Ley 61, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Una vez otorgada la venta, su rescision no es posible, á ménos que concurra alguna de las circunstancias que segun hemos visto confiere esta accion á cualquiera de los contratantes, ó si se acordasen el comprador y el vendedor en devolver uno la cosa y el otro el precio.

Debe entenderse este artículo en armonía con el 1467, que autoriza la rescision cuando mediaren arras ó señal, en la forma que dejamos explicado en aquel lugar.

Artículo 1546.—Si el comprador empeñase la cosa que adquirió por compra y despues se rescindiese este contrato por causa legítima, deberá el prestamista devolver la cosa al vendedor, reclamando del que la empeñó el pago de la cantidad prestada.

ORÍGENES

Ley 67, tít. V, Partida 5.ª

Artículo 1547.—Si el que empeñó una cosa se hubiere obligado á no disponer de ella hasta que estuviere libre, no podrá enajenarla, siendo, por consiguiente, nula la venta hecha en contravencion á este pacto.

ORÍGENES

Ley 67, tít. V, Partida 5.ª

Artículo 1548.—Son nulas las ventas hechas en fraude de las rentas públicas.

ORÍGENES

Ley 59, tít. V, Partida 5.ª

Artículo 1549.—El dolo incidente no produce la nulidad de la compra y venta, pero da lugar á una indemnizacion por el daño recibido.

ORÍGENES

Ley 57, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

Aunque el precepto contenido en esta ley de Partida se refiere directamente al contrato de compra y venta, en la práctica, juzgando por analogía, se ha hecho extensivo á toda obligacion en que medie aquel dolo.

Mas si este cuya fuere la cosa—dice la ley—*ouiesse voluntad de la vender é el comprador le fiziesse engaño encubriendo alguna cosa de las que pertenescen á la heredad ó á la cosa que vendia ó faciendo creer engañosamente... dezimos que vale la vendida, porque el vendedor ovo voluntad de la fazer. Pero el comprador es tenudo de emendarle aquel engaño...*

De los efectos del dolo causante nos hemos ocupado en otro lugar.

TÍTULO IX

DE LA PERMUTA

Artículo 1550.—La permuta es un contrato por el cual los contrayentes se dan una cosa por otra.

ORÍGENES

Ley 1.ª tít. VI, Partida 5.ª
Ley 1.ª tít. XI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1702, Cód. Francia.—1549 Italia.—1592 Portugal.—1577 Holanda.—368 y 369, tít. XI, parte 1.ª, Prusia.—3.º, libro IV, cap. XII, Baviera.—1712 Bolivia.—2630 Luisiana.—1202 Vaud.—1334 Neufchatel.—819 Tesino.—Ley 5.ª, tít. V, lib. XIX, Digesto.—Ley 2.ª, tít. IV, lib. III, Instituciones.

JURISPRUDENCIA

La permuta constituye un título justo, verdadero, traslativo de la propiedad, y hábil, por consiguiente, para la prescripcion de ésta (Sentencia 27 Marzo 1868).

COMENTARIO

El proyecto de Código dice: «se obligan á dar una cosa por otra.» La razon de la diferencia entre la redaccion del Proyecto y la de nuestro artículo, que sigue á las Partidas, es que en aquél se reputa la permuta como un contrato consensual, lo cual no sucede con arreglo á las leyes romanas y á las nuestras que las copiaron. Téngase, sin embargo, presente que despues de la ley 1.ª, tít. I, lib. X, de la Nov. Rec., es válida la obligacion de dar una cosa por otra desde el momento en que exista el consentimiento de las partes acordes sobre la cosa y demas circunstancias del contrato. En este concepto no habría inconveniente en aceptar la definicion del Proyecto; pero se ajusta más á la ley la de nuestro artículo.

El rasgo característico de la permuta está en que se entrega una cosa por otra, al contrario de la compra-venta, en que, en equivalencia de la cosa, se entrega un precio en dinero.

La permuta es, como dice el autor de las *Concordancias*, el más antiguo de todos los contratos; sin ella habría sido inútil el derecho de propiedad; á ella se deben, tanto los primeros pasos como los progresos de la civilizacion, que al fin hicieron necesario el uso de la moneda, y dieron con esto orígen á la venta.

Cuando en equivalencia de una cosa se entrega otra, más un sobreprecio, ¿el contrato es de permuta ó de compra-venta? Unos autores dicen que es compra-venta; otros han hecho una distincion y han dicho: «Si el sobreprecio excede ó iguala al valor de la cosa permutada, será venta, y el cambio un accesorio; si el precio fuere inferior á la cosa, el cambio será lo principal, lo lo accesorio la cantidad que se haya pagado encima;» otros, por último, entienden que es preferible consultar para cada caso la intencion de las partes y el nombre que hubieren dado al contrato. La cuestion no es de gran importancia, porque los efectos de ambos contratos son análogos, como veremos en los siguientes artículos.

Artículo 1551.—Respecto á la capacidad

para celebrar este contrato y á las cosas que pueden ser objeto del mismo, se observará lo dispuesto en el Título anterior sobre la compra y venta.

No obstante, los bienes de la Iglesia pueden ser permutados por otros de la misma condicion, con el permiso de los Prelados respectivos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, Partida 5.ª

COMENTARIO

Todo el que puede comprar y vender puede tambien permutar.

Aquellas cosas susceptibles de venta lo son igualmente de permuta. La excepcion del segundo párrafo del artículo es tan obvia, que no merece explicacion.

Artículo 1552.—Entregada por uno de los contrayentes la cosa prometida, si el otro no quisiese entregar la que á su vez prometió, puede el primero optar entre exigir la restitucion de aquella cosa, ó la indemnizacion de daños y perjuícios, que graduará el juez, previa declaracion jurada que sobre la importancia de los mismos preste el que haya de percibirlos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, Partida 5.ª

COMENTARIO

«Si por ventura el cambio fuesse ya comenzado á cumplir por fecho de alguna de las partes, dando ó entregando la cosa que prometiera de cambiar, é la otra parte, despues desto, non quisiesse dar lo que prometiera, es en escogencia de aquel que lo cumplió de cobrar lo que dió ó de demandar al otro los daños é menoscabos que le vinieren por esta razon.»

A este precepto de la ley se añade la manera de graduar los perjuícios, y dice: «estos menoscabos se deuen juzgar é pechar por jura de aquel que los deue resceuir, estimándolos primeramente el juzgador.»

Artículo 1553.—En cuanto á la rescision, saneamiento y nulidad de la permuta se observará lo dispuesto en los respectivos Capítulos y Secciones del Título de compra y venta.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. VI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1707, Cód. Francia.—1555 Italia.—2637 Luisiana.—1205 Vaud.

JURISPRUDENCIA

Conforme á la ley 4.ª, tít. VI, Partida 5.ª, pueden deshacerse los cambios ó permutas por todas aquellas razones porque se pueden deshacer las vendidas, segun las leyes del tít. V de la misma Partida, en especial la 13 (Sent. 7 Febrero 1874).

Segun dicha ley 13, la venta ó permuta de las legítimas debe hacerse con beneplácito de los ascendientes, y *que duren todavía en este placer fasta que mueran*: de modo que si no subsisten en este placer es nula la vendida ó la permuta (Sent. id. id.).

COMENTARIO

«Otrosi se puede desfazer el cambio por todas aquellas razones porque se pueden desfazer las vendidas. E ansi dezimos que los que cambian son tenudos de fazer sano el uno al otro la cosa que con él cambia.»

Las reglas que han de observarse en estas materias son, pues, iguales para la permuta que para la compra-venta.

Debemos, sin embargo, llamar la atencion hacia un punto que ha merecido alguna discusion.

Dividen los autores la permuta en simple y estimatoria, segun que se hace sin ó con el aprecio previo de las cosas. Añaden algunos autores que en la estimatoria há lugar á la rescision por lesion, mas no así en la simple. Otros, por la inversa, fundándose en la ley que comentamos, sostienen que no existe tal diferencia entre la permuta simple y la estimatoria, pues dicen que las palabras de la ley *se puede desfazer el cambio por todas aquellas razones que diximos en el título ante que este, porque se pueden desfazer las vendidas*, hacen relacion tanto á la permuta simple como á la estimatoria, ó lo que

es consiguiente, que semejante division, como absolutamente inútil, debe desaparecer del todo.

Los Sres. La Serna y Montalvan combaten esta opinion, expresando que en la permuta en que no interviene aprecio, mal puede decirse que hay lesion: en ella para nada ha entrado en la intencion de los contrayentes el valor relativo de las cosas, sinó el deseo de adquirir cada uno la que apreciaba en más, en lugar de la que apreciaba en ménos: no es el valor absoluto y material el que á las veces sirve de regulador á la permuta, sinó el valor relativo y la afeccion, incapaces frecuentemente de valuaciones. La ley de Partida se refirió á los casos en que por haber hecho los permutantes la valuacion de las cosas permutadas, se aproximaban más al contrato de compra-venta y hacían posible la rescision del contrato, que se había celebrado principalmente teniendo en cuenta los valores respectivos de las cosas que eran su objeto.

La opinion contraria parece, no obstante, ajustarse más al texto de la ley.

TÍTULO X

DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1554.—El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa, ó á prestarle un servicio personal por precio determinado.

ORÍGENES

Proemio y ley 1.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Arts. 1709 y 1710, Cód. Francia.—1569 Italia.—1001 Austria.—1.°, lib. IV, cap. VI, Baviera.—1584 Holanda.—2644 Luisiana.—1720 Bolivia.—1207 Vaud.—1575 Friburgo.—834 Berna.

JURISPRUDENCIA

Tratándose de un arrendamiento, no pueden tener aplicacion las leyes y doctrinas referentes á las donaciones (Sent. 9 Abril 1864).

Cuando por llevar unas tierras se paga anualmente cierta cantidad de frutos, queda demostrado que el pagador las lleva en concepto de arrendatário, y, por lo tanto, que puede ser desahuciado (Sents. 14 Febrero 1862, 18 Octubre 1867 y 16 Noviembre 1870).

Las habitaciones de los porteros no son ocupadas por éstos en concepto de inquilinos, sinó en el de meros sirvientes, sin que por consiguiente pueda fundarse en tan precaria ocupacion un derecho á la habitacion á ellos destinada (Sent. 13 Noviembre 1866).

Las leyes del tít. VIII, Partida 5.ª, que tratan de los contratos de arrendamiento, no tienen aplicacion cuando el desahuciado ha ocupado la casa, no en calidad de arrendatario, sinó gratuítamente y en virtud de permiso que le concedió el dueño (Sent. 27 Junio 1868).

Es un principio de derecho universal, consignado en nuestras leyes y corroborado por la constante jurisprudencia de los Tribunales, que todo contrato oneroso y bilateral obliga recíprocamente á los contrayentes ó impone al que falte á su cumplimiento la responsabilidad de los daños y perjuícios causados por este motivo á la otra parte que le haya cumplido (Sent. 27 Abril 1871).

Ese principio comprende necesariamente al contrato de arrendamiento, respecto del cual se halla ademas establecido de una manera especial en la ley 2.ª y siguientes, señaladamente en la 21, tít. VIII, Partida 5.ª, así como en reiteradas decisiones del Tribunal Supremo, que, inspiradas por las disposiciones de dichas leyes, igualmente que por la 5.ª, tít. VI, de la misma Partida, declaran que el que falta al cumplimiento de este contrato queda obligado á resarcir y abonar á la otra parte los daños y menoscabos, comprendiéndose bajo esta denominacion, no sólo los daños y perjuícios, sinó tam-

bien los productos impedidos: y que vendida una finca arrendada ántes de cumplir el termino del arrendamiento, y demandado el dueño vendedor por el arrendatario desposeido de la misma, debe aquél abonar á éste las ganancias impedidas, ademas de los daños y perjuicios (Sent. 27 Abril 1872).

Sent. 7 Noviembre 1874.

Sent. 12 Mayo 1875.

COMENTARIO

El arrendamiento puede resumirse en esta fórmula breve del Código austriaco: «En general, el contrato de arrendamiento es considerado como contrato de venta del uso.»

La ley de Partida divide el arrendamiento en *aloguero* y arrendamiento propiamente dicho.

«Aloguero es cuando un ome loga á otro obras que ha de hacer con su persona ó con su bestia: ó otorgar poder de usar de su cosa, ó de servirse della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados... Arrendamiento es arrendar eredamiento ó almoxarifadgo, ó alguna otra cosa por renta cierta que den por ella.»

El aloguero recibe más comunmente el nombre de *locacion* y *conduccion*. Se llama locacion respecto del que da la cosa ó presta el servicio; conduccion se dice respecto del que satisface el precio.

Otra clase de arrendamiento es el fletamento pero corresponde su estudio al derecho mercantil.

En el arrendamiento intervienen dos partes, la que da en arrendamiento y la que paga el precio; la primera recibe los nombres de locador, arrendador, alquilador, fletante, jornalero, sirviente, etc.: á la segunda se la denomina arrendatario, inquilino, colono, fletador, asentista, empresario, amo, etc. Al precio que media en este contrato se da el nombre de arrendamiento, renta, inquilinato, alquiler, flete, jornal, salario, sueldo, honorarios, etc.

El arrendamiento se asemeja á la venta en que ambos contratos son consensuales y media un precio cierto y determinado. Se diferencian principalmente en que por la compra-venta se trasmite la propiedad de la cosa, en tanto que por el arrendamiento únicamente se trasfiere el goce ó el uso de la misma.

El precio ha de ser en *dineros contados*, «ca si otra cosa resciuiere que non fuessen dineros contados, non seria loguero, mas seria contrato innominato.» Sin embargo, segun expresa Goyena, puede y suele consistir (sobre todo en las tierras de pan-traer) en una cantidad determinada de los frutos que las mismas producen, señalándose la cantidad que se ha de dar por cada medida de tierra. Tambien algunas veces se señala una parte alícuota de los frutos que produzca la cosa arrendada; pero este pacto, más bien que arrendamiento, es una sociedad en que el dueño pone el capital, y el colono la industria, y se conoce con la denominacion de *aparcería*.

El arrendamiento puede ser de *cosas*, y entónces se divide en arrendamiento de fincas rústicas y urbanas. Puede tambien ser de *trabajo ó de industria*, y entónces se clasifica en servicio de criados y trabajadores á salarios, obras por ajuste ó precio alzado y de trasporte por agua ó tierra, bien de personas, bien de cosas.

De cada una de estas clases de arrendamiento ó locacion nos ocuparemos separadamente.

Artículo 1555.—El arrendamiento se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, el contrato de arrendamiento recibe todos sus efectos civiles con tal que conste *el placer é otorgamiento de las partes* (Sent. 11 Octubre 1866).

Si resulta haberse celebrado un contrato de arrendamiento entre los dueños *pro indiviso* de un término coto redondo con la comision de varios renteros del mismo, no puede darse por terminado dicho contrato sinó por la voluntad de ambos condueños, porque uno y otro tienen iguales derechos, y por tanto la Sala sentenciadora que declara procedente el desahucio solicitado únicamente por uno de los dueños, sin probar que el otro se hubiese obligado á pasar por lo que él hiciese, infringe la doctrina consignada en varias sentencias del Tribunal Supremo, segun las que en la disolucion de los contratos es necesario que concurran y presten su consentimiento todos los que lo celebraron (Sent. 12 Julio 1877).

COMENTARIO

El arrendamiento tiene muchos puntos de contacto y semejanza con la compra-venta, se-

gun acabamos de decir. Las leyes romanas y las nuestras de Partidas le consideraron como un contrato consensual, como se desprende de la misma definicion que hemos consignado en el artículo 1554. El efecto de este principio no es otro que el contenido en el artículo presente; así que las partes han convenido en la cosa, tiempo del arrendamiento (cuando esto tenga lugar) y precio, el contrato está perfecto, del mismo modo y forma en que hemos visto quedaba perfecta la compra-venta.

Artículo 1556.—Pueden ser objeto de este contrato todas las cosas que están en el comercio de los hombres, sean muebles, semovientes ó raíces, y las incorporales, servicios y derechos cuyo uso puede trasferirse con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1713, Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

La explotacion de las minas puede ser materia del contrato de arrendamiento (Sent. 19 Abril 1861).

Segun precepto expreso de la ley, pueden darse en arrendamiento, no sólo las fincas rústicas y urbanas, sinó los derechos incorporales, como el usufructo: y habiendo sido objeto de la escritura pública el percibo de las pensiones forales por tiempo determinado, fenecido éste y no habiéndose pagado á debido tiempo el precio convenido en sustitucion de las expresadas pensiones, la terminacion del contrato que declara la sentencia, es procedente: y al estimarlo no infringe los artículos 638 y 647 de la ley de Enjuiciamiento civil, referentes á la tramitacion del juicio de desahucio, porque en materia de procedimiento no pueden servir de fundamento á un recurso de casacion en el fondo (Sent. 15 Octubre 1877).

COMENTARIO

Quælibet res in commercio hominum existens potest locari vel conduci. Este es precepto general vigente en la materia, y que ha de interpretarse muy latamente, pues no solamente pueden arrendarse las cosas, sinó los servicios, las obras, el trabajo ó su industria, etc. Puede tambien arrendarse el usufructo con ciertas limitaciones, los derechos como el de caza y pesca, y áun puede ser objeto de este contrato la cobranza de ciertas rentas como las de aduanas, consumos, portazgos, ú otras semejantes.

Hay, sin embargo, una excepcion á este principio, pues las cosas fungibles no son susceptibles de arrendamiento, porque siendo condicion precisa de éste que se restituya la misma cosa, no sería posible cumplir este requisito, puesto que no se puede usar de aquéllos sin consumirlos. Admiten, sin embargo, un caso en que sea posible el arrendamiento de cosas fungibles, esto es, cuando se alquilaron por lujo ó por ostentacion. Así refiere Troplong el caso de un avaro que, obligado á dar una comida el día en que casó á su hija, alquiló un plato exquisito, el cual hizo colocar sobre la mesa, con prohibicion á los criados de aplicarle el cuchillo destructor. Los convidados disfrutaron de su vista, tal vez les pasó gana de hincarle el diente; pero el plato volvió sano á casa del fondista. Mas este caso es verdaderamente excepcional.

Con arreglo á una ley del Digesto, tampoco puede ser objeto de arrendamiento el derecho de servidumbre, á no ser que se arriende la finca ó predio dominante, pues entónces se entiende arrendada con aquellas servidumbres que sean necesarias ó útiles para su disfrute.

Finalmente, no son arrendables los oficios públicos que expresan las leyes 4.ª y siguientes, tít. VI, lib. VIII, Nov. Rec., como son los de juez, alguacil, alcaide, etc.; pero lo son los oficios enajenados de la Corona, los cuales pueden hasta cederse ó renunciarse, teniendo los arrendatarios ó cesionarios los requisitos de la ley, salvo lo dispuesto sobre reversion de los de la fe pública en la ley de 18 de Junio de 1870 y sus referencias.

Artículo 1557.—El arrendamiento puede hacerse á tiempo cierto, ó por toda la vida del arrendador ó del arrendatario.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El Código frances exige que el arriendo se haga por tiempo cierto ó determinado.

La perpetuidad, dice Troplong, es opuesta á nuestras ideas; es incompatible con los principios de libertad que las leyes modernas han establecido, así para las cosas como para las personas. Y en verdad que repugnaría á nuestras costumbres que un criado, por ejemplo, se obligase á servir durante toda su vida á determinado señor.

Pero nuestra ley dice de una manera terminante que el arriendo puede hacerse *á tiempo cierto, ó para en su vida del que recibe la cosa á loguero ó del que la loga.*

Artículo 1558.—Es válido y debe ser cumplido todo pacto que se otorgare entre el comprador y el vendedor, no siendo contrario á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Sentencia 8 Febrero 1861.

La sentencia que manda cumplir un pacto puesto en una escritura de arrendamiento, en cuyo cumplimiento está conforme la parte demandada, no infringe la ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, que previene la observancia de los pactos puestos en los arrendamientos, no siendo contra las leyes ó buenas costumbres (Sent. 27 Febrero 1869).

COMENTARIO

«Otrosí, todos los pleitos que pusieren entre sí los omes sobre arrendamientos, é los alogamientos deuen valer, é ser guardados: fueras los que fuessen puestos contra las leyes de nuestro libro ó contra buenas costumbres.»

Este principio es general á toda clase de contratos; pero nuestros Códigos lo repiten al ocuparse de cada uno de ellos en particular.

Artículo 1559.—Pueden celebrar el contrato de arrendamiento todos los que tienen capacidad legal para obligarse.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

La facultad que tiene el que es dueño en pleno dominio de una finca, de arrendarla, no excluye la que en su caso corresponde al que esté en posesion de utilizar sus aprovechamientos (Sent. 27 Noviembre 1867).

Para dar una finca en arrendamiento es título suficiente el estar en posesion de ella y percibir sus frutos (Sent. id. id.)

Para decretar el desahucio es preciso justificar el dominio de la cosa que se trata de desahuciar, correspondiendo á la Sala sentenciadora apreciar el valor de la prueba que sobre este hecho se suministre (Sent. 13 Mayo 1868).

Reconocido por el demandado de desahucio que el demandante es dueño de la casa, aparece incuestionable el derecho que éste tiene para obligar á aquél á que la desocupe; sin que sea aplicable en este caso la ley 30, tít. XX, Partida 3.ª, que impone al demandante el deber de probar su accion (Sent. 27 Junio 1868).

Conferido poder por un padre á su hijo para que administre, rija y gobierne las fincas rústicas y urbanas que le pertenecieren, no se extralimita de sus facultades arrendando una de ellas á quien le pareciese, con las condiciones lícitas que tuviera por conveniente (Sent. 19 Marzo 1869).

Apreciándose por la Sala sentenciadora que ha mediado contrato de arrendamiento, no se infringe, al decretar el desahucio, el principio de que la accion de desahucio no emana directamente del dominio, sinó del contrato de arrendamiento, y su correlativo de que el dominio sin limitacion de contrato sólo puede producir accion real (Sent. 18 Febrero 1870).

La accion de desahucio presupone siempre título legítimo de propiedad ó posesion en el demandante, y exige por parte del demandado que lo resiste ó impugna, la justificacion de sus asertos para que sean atendidas sus excepciones (Sent. 30 Abril 1874).

El usufructuario de fincas tiene el derecho de utilizarlas arrendándolas (Sent. 13 Enero 1877).

Probada, en concepto de la Sala, la existencia del contrato de arrendamiento, negado por el demandado, así como la conformidad de los dos hermanos litigantes en las fincas objeto del referido contrato y en la renta anual y la llevanza en colonia de los bienes arrendados por espacio de once años, sin haber satisfecho la parte reconvenida en alguno la expresada renta, es in-

dudable que la sentencia, al condenarle al pago de dicha renta vencida, no infringe la ley 2.ª, título VIII, Partida 5.ª, que trata «de quién puede arrendar ó alogar, é por cuanto tiempo» (Sentencia 2 Junio 1877).

No es doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la de que «no se concibe el contrato de arrendamiento negando el arrendatario al arrendador derecho sobre la cosa arrendada y al pago de las rentas,» puesto que contra la negativa del arrendatario se dan los medios de prueba que el derecho tiene establecidos (Sents. 14 Diciembre 1877 y 30 Noviembre 1877).

COMENTARIO

La ley de Partida dice: «arrendar é alogar puede todo ome que ha poder de comprar é de vender...;» y la ley del Fuero, más comprensiva, consigna que «todo ome pueda arrendar sus cosas á plazo sabido, ó para siempre...»

El precepto general puede, por consiguiente, reducirse al contenido de nuestro artículo.

Aun cuando la ley de Partidas asimila la capacidad para arrendar á la exigida para comprar y vender, esto no es absolutamente exacto, pues tratándose del arrendamiento el precepto es más general. Así vemos que puede arrendar, no sólo el dueño de la cosa, sinó el que tiene á su favor la presuncion de serlo, de suerte que el estar en posesion de una cosa y percibir sus frutos es título bastante para celebrar este contrato. Pueden tambien celebrarle el enfitéuta, el usufructuario, el guardador y el administrador de corporaciones ó particulares, sin estar especialmente autorizados para ello, el padre en los bienes adventicios de sus hijos, el marido en los de su mujer, los prelados en cuanto á los bienes de las iglesias, etc.

La ley de Partida prohibia celebrar este contrato á los militares y oficiales de la Corte, cuya regla no puede considerarse vigente, sobre todo si el cultivo se hace por medio de criados.

Otras prohibiciones se consignan en el Fuero Real y en la Nov. Rec.; mas ninguna de ellas tiene aplicacion ni es observada.

Artículo 1560.—Los arrendamientos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes, á no ser que lo arrendado fuere el usufructo de una heredad, en cuyo caso la muerte del arrendatario extingue la obligacion, salvo el derecho de los herederos de éste á reclamar del dueño la restitucion del precio que hubiere satisfecho anticipadamente, á no ser que el mismo dueño les permita recoger los frutos.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Artículo 3.º, Decreto de Cortes 8 Junio 1813

JURISPRUDENCIA

El usufructuario de fincas tiene el derecho de utilizarlas y arrendarlas, y dada la naturaleza esencial del arrendamiento de las rústicas, el propietario sólo puede desahuciar al colono en la época y en la forma en que procede el desahucio de las mismas, sin perjuício del derecho á percibir la parte del arrendamiento que le corresponda; y al prescindir la sentencia de este principio infringe el espíritu de la ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., que exige el aviso al principio del último año de arriendo como mutuo desahucio (Sent. 13 Enero 1877).

COMENTARIO

El principio general de que el que contrata lo hace para sí y sus herederos comprende tambien al contrato de arrendamiento. «E si por auentura logase uno á otro casa ó otra cosa á tiempo cierto, é se muriesse el que la avia alogado, ante que el tiempo se cumpliesse, su eredero deue servirse, é aprouechar de la cosa alogada fasta que se cumpla el tiempo; é es tenudo de pagar por ella lo que deuia dar el finado que la avia alogado. Otrosi si se muriesse el señor de la cosa alogada, el eredero es tenudo de guardar el pleito, segun lo puso el finado, é deuelo aver por firme.»

Sin embargo, la ley hace una excepcion para el caso en que se trate del arrendamiento de usufructo. «Pero si aquel que arrienda el vsofructo de eredad ó de viña, ó de otra cosa semejante, se muriesse, non deue passar el derecho de vsar de tal arrendamiento al eredero de aquel que lo auia arrendado; ante dezimos que se torna al señor de la cosa; ca el arrendamiento de tal vsofructo es de tal manera, que se acaba en la muerte del que lo tenia arrendado.»

Este precepto está expresado con bastante claridad para no necesitar explicacion. Téngase, sin embargo, en cuenta que la terminacion del arrendamiento en este caso lleva consigo

la restitucion de la parte de precio que el arrendatario hubiere satisfecho anticipadamente; así, pues, si el que tenía la cosa arrendada «ouiesse pagado todo el precio ó parte dél, por aquel año en que se finó, é non ouiesse el vsofructo tomado, tenudo es el señor de la cosa de tornar al eredero del finado aquello que ouiesse resciuido dél, por este año, ó dexarle el esquilmo de vsofructo de aquel año.»

Como es un principio inconcuso de derecho que nadie puede dar ni ceder más que aquello que le pertenece, no puede contratar válidamente sobre otras cosas que las suyas propias; de aquí que cuando un usufructuario da en arrendamiento la cosa usufructuada, no pueda durar este contrato más que el mismo derecho de usufructo, y por tanto, que, fenecido éste, caduca tambien el arrendamiento.

En virtud de esto, el nudo propietario recupera la cosa dada en usufructo, libre de toda carga y gravámen, incluso el arrendamiento que el usufructuario celebró.

Ahora bien: al expulsar el nudo propietario al arrendatario que contrató con el que tenía el usufructo, ha de hacerlo sin lesionar sus intereses, para lo cual, si se tratare de fincas rústicas y el arrendamiento se hubiere hecho sin tiempo determinado, deberá avisarle con la anticipacion de un año, conforme á lo que diremos en el artículo 1576, y á lo que se declara en la sentencia del Supremo Tribunal de 13 de Enero de 1877, que puede verse en la *jurisprudencia* de este artículo.

Artículo 1561.—El precio del arrendamiento ha de consistir en dinero metálico.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Al estimar la sentencia recurrida el desahucio y reservar al actor su derecho para el pago de la venta ó alquiler de la casa sobre que versa aquél, supone implícitamente que ha de hacerse en dinero contado, segun la naturaleza del contrato de arrendamiento, sin que por lo mismo infrinja la ley 1.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, que dispone se pague el precio del arriendo en dinero contado, porque así se ejecutará cuando haya de satisfacerse (Sent. 11 Enero 1877).

COMENTARIO

Tres requisitos exíjense en el precio que media en los arrendamientos; son á saber: que sea justo, cierto, y en dinero contado. De esta última condicion se ocupa nuestro artículo. *Ca si otra cosa resciuiesse que non fuessen dineros contados, non seria loguero, mas contrato innominado.*

En otro lugar dejamos dicho que la costumbre ha admitido que, en equivalencia de precio en metálico, se entreguen cantidades fijas de frutos, y áun parte alícuota de las que se produzcan.

Artículo 1562.—El adquirente con título legítimo de una cosa dada en arrendamiento puede expulsar de ella al arrendatario, debiendo el vendedor restituír á éste la parte de precio correspondiente al tiempo que faltase para terminar el arrendamiento.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior el caso en que hubiere pacto en contrario, ó si el arrendamiento se hiciere por toda la vida del arrendatario, ó á perpetuidad (1).

(1) Las fincas vendidas por la Administracion en virtud de las leyes desamortizadoras de 1.° de Mayo de 1855, 11 Julio de 1856, y 11 Julio 1878, se regirán en cuanto á los arrendamientos por la ley de 30 de Abril de 1856, que dice:

«Art. 1.° Los arrendamientos de predios rústicos, fábricas y artefactos enajenados, ó que se enajenen á virtud de la ley de 1.° de Mayo de 1855, caducarán, concluido que sea el año de arrendamiento corriente á la toma de posesion por el comprador, segun la costumbre de cada localidad.

Los de fincas urbanas cuarenta días despues de la toma de posesion.

Art. 2.° Los contratos de arrendamientos de bienes que no se hayan vendido subsistirán hasta que se cumpla el tiempo de su duracion, ó hasta que se verifique la venta, en cuyo caso tendrá lugar lo prescrito en el artículo anterior, sin otra indemnizacion que la de los abonos y mejoras existentes en el campo, segun la costumbre de cada localidad. Esta indemnizacion será de cuenta del comprador, á juicio de peritos, á no ser que prefiera dejar subsistente el contrato de arrendamiento hasta que termine el plazo estipulado.

En los arrendamientos á venta y mejora que consten por escritura pública, siempre que las fincas hayan sido plantadas de viña y arbolado por los colonos, habrá lugar á la indemnizacion pericial, cuando aquellas se vendan ántes de espirar el plazo señalado en la escritura, á no ser que el comprador deje el disfrute de la finca al arrendatario hasta concluir aquel plazo.

Art. 3.° Continuarán arrendándose en pública subasta los predios, así rústicos como urbanos,

ORÍGENES

Ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.
Ley única, tít. XVI, Ordenamiento de Alcalá.

JURISPRUDENCIA

Vendida una finca arrendada ántes de cumplir el término del arrendamiento, y demandado el dueño vendedor por el arrendatario privado de la misma, para que le abone las ganancias impedidas y le indemnice los daños y perjuicios, si en la sentencia se le condena respecto de los últimos y se le absuelve en cuanto á las primeras, se infringe la ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª (Sent. 25 Junio 1860).

Si bien la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, dispone que el comprador no está obligado á respetar y cumplir los contratos de arrendamiento que hubiera hecho el vendedor, y puede desde luégo entrar en el libre disfrute y aprovechamiento de la cosa vendida, dicha ley está subordinada á las prescripciones del decreto de las Cortes de 8 Junio de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, que ordena que los arrendamientos pueden disolverse por voluntad de cualquiera de las partes, pero avisando á la otra un año ántes (Sent. 12 Setiembre 1863).

Los contratos de arrendamiento están sujetos á las reglas comunes y á las prescripciones de la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, segun la cual, el comprador de una cosa legada está autorizado para lanzar de ella al arrendatario que no lo fuese de por vida (Sent. 17 Setiembre 1863).

Al consignarse por la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, los casos de excepcion en que el arrendador de la cosa arrendada no puede ser echado de ella maguer que se vendiesse, por analogía determina como uno de ellos, cuando el vendedor la oviere legado para en toda su vida de aquel á quien la logara como de sus erederos (Sent. 29 Mayo 1863).

Posesionado de la casa aquél para quien se adquirió, puede deducir la accion de desahucio contra el inquilino que la ocupa, como verdadero propietario de la misma (Sent. 9 Abril 1866).

El dueño de una casa adquirida por un título legítimo tiene el incuestionable derecho de despedir al inquilino que la ocupare con anterioridad á su adquisicion, con tal que no haya mediado un pacto especial prohibitivo de enajenar la finca sin el gravámen concertado con el anterior poseedor de la finca (Sent. 4 Diciembre 1866).

El poseedor de una finca adquirida por título legítimo y reconocido como tal por sus inquilinos, tiene el incuestionable derecho de conservar ó no á su servicio el portero que tuviere la finca, como éste el de dejar de prestarle (Sentencias 13 Noviembre 1866 y 28 Marzo 1870).

El contrato de arrendamiento hecho por el vendedor no obliga, por regla general, al comprador, sinó sólo en los casos de excepcion establecidos en la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, ó en los que respecto á ciertos arrendamientos consigna tambien la ley Hipotecaria (Sents. 17 Abril 1868 y 5 Junio 1873).

El que vende una finca arrendada ántes que espire el término del arrendamiento, está obligado á sostenerlo ó á indemnizar al arrendatario los menoscabos que le resulten por el desahucio (Sent. 1.º Julio 1870).

Para que un contrato de arrendamiento pueda perjudicar á tercero, es requisito esencial que se halle inscrito en el Registro de la propiedad (Sent. 11 Febrero 1871).

La ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, ordena que la cosa arrendada, áun cuando lo esté á cierto tiempo, puede venderse á otro y ser despojado el arrendatario, á no ser en los dos casos de excepcion que la misma contiene (Sent. 8 Julio 1874).

Si bien en un pleito principal puede ser oportuna la cita de la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, que establece la responsabilidad en que incurre el dueño de una finca arrendada por cierto tiempo si la vende ántes de que este tiempo cumpla, y el comprador lanza de ella al arrendatario, no puede en manera alguna invocarse esta disposicion legal en las diligencias, limitadas necesariamente á determinar los perjuicios que el demandante haya sufrido por la inejecucion de un contrato de arriendo, y que deben serle indemnizados por el demandado, en cumplimiento de lo mandado en la ejecutoria referida (Sent. 28 Setiembre 1876).

Sent. 3 Julio 1878.

COMENTARIO

El propietario de una finca dada en arrendamiento puede enajenarla. ¿Cuáles son los efec-

al espirar los contratos actuales con sujeccion á las reglas establecidas en los artículos precedentes.

Art. 4.º En los anuncios de la subasta se hará expresa mencion de la época en que debe fenecer el arriendo conforme á las disposiciones de esta ley.»

tos de esta enajenacion en cuanto á los derechos del arrendamiento? Con arreglo á nuestra ley de Partidas, «aquel que la comprare bien puede echar della al que la tiene alogada; mas el vendedor que gela logó, tenudo es de tornarle tanta parte del loguero quanto tiempo fincaua que se deuia della aprovechar.»

En el proyecto de Código, por el contrario, se dispone que aunque se enajene la finca subsistirá el arrendamiento durante el plazo que se hubiere convenido, siempre que conste por escritura pública, ó que su fecha sea legalmente cierta, á no ser que se hubiere estipulado lo contrario. En justificacion de este nuevo precepto dice Goyena: «¿No es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie puede trasmitir á otro más derecho del que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública ó de fecha legalmente cierta, ha desistido por un tiempo convenido el uso y goce de su cosa, que ha prometido asegurar este uso ó goce al arrendatario, y cuya obligacion principal consiste efectivamente en hacérsela gozar, ¿puede acaso vender ó legar á un tercero la propiedad libre de esta obligacion?

Creyóse que dando al nuevo propietario la facultar de expulsar al arrendatario, se prestaba favor á las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria, violando los principios.

El interes del Estado, más que en el cambio frecuente de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de canales, en la desecacion de pantanos, en la formacion de prados artificiales, y en el aumento de rebaños: para todo esto son muy útiles los largos arriendos y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipos sin la seguridad de reembolsarse de ellos con ventaja. La misma ley de Partida reconoció la utilidad de los arriendos largos y los favoreció con una excepcion: la reconocieron algunos de nuestros más respetables jurisconsultos, extendiendo el favor de la ley á los arriendos por diez ó más años. Por último, dice el autor de las *Concordancias*, el progreso y prosperidad de la agricultura en algunas de nuestras provincias del Norte se deben á esta causa: los arriendos pasan de generacion en generacion, y vienen á constituir como una segunda propiedad.

Las dos excepciones que hace la ley de Partida al principio general en ella consignado, son: primera, el pacto en contrario; y segunda, si el arriendo se hubiere hecho por toda la vida del arrendatario ó á perpetuidad.

Otro caso más de excepcion á aquella regla debe tenerse presente. En efecto, los arrendamientos de bienes inmuebles hechos por seis ó más años, ó en los que, áun siendo por menor número, se hubiere convenido expresamente por las partes su inscripcion, podrán anotarse en el Registro de la propiedad, cuya inscripcion produce el efecto de poner á salvo los derechos de los arrendatarios, estableciendo implícitamente en favor de los mismos un verdadero derecho real (Véase el par. 5.° del art. 2.°, ley Hipotecaria). Mas en cuanto á estos arrendamientos que se inscriben en el Registro, entienden algunos que si el arriendo lo hace el que no es dueño de los bienes, tal como el marido, tratándose de los que constituyen la dote inestimada ó los parafernales de su mujer; el tutor de los que forman el patrimonio de su pupilo: el padre, apoderado, depositario, etc., el contrato, áun cuando será inscribible, lo será con la implícita condicion rescisoria de que el dueño, al adquirir la libre administracion de lo que le pertenece, podrá dejarlo sin efecto, porque nadie da lo que no tiene, ni debe limitar el dominio por acto caprichoso de su voluntad.

Por último, la doctrina de este artículo debe armonizarse con la que consignamos en el 1576, ó sea el 6.° del decreto de las Cortes de 1813, reproducido en 1836. En su virtud, y puestos en relacion ambos artículos, resulta que si bien el comprador de una finca dada en arriendo tiene la facultad de no respetar el arriendo y expulsar al arrendatario, este derecho se halla limitado cuando se trata de fincas rústicas y el arrendamiento se hubiere hecho sin tiempo determinado al plazo de desahucio marcado por la ley, y por lo tanto deberá guardar el año de aviso marcado en el art. 6.° citado. Así se declara por sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1871.

Artículo 1563.—Si el dueño ú otra persona á quien éste se lo pudiese vedar, impidiesen al arrendatario el uso de la cosa arrendada, deberá aquél indemnizar los daños que se ocasionen y las ganancias que dejen de producirse.

Lo mismo se observará cuando impidiese el uso de la cosa arrendada un tercero con justa causa, conocida por el arrendador, con anterioridad al contrato. Si el arrendador

ignorase esta circunstancia, solamente estará obligado á devolver lo que hubiere recibido. Los gastos hechos en mejorar la finca deberán abonarse por el tercero que reclamó con causa.

Lo prevenido en los párrafos anteriores no tendrá lugar si el arrendatario obró de mala fe.

ORÍGENES

Ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, tan sólo se refiere á imponer responsabilidades á los dueños ó señores que arrendasen sus heredades, viñas huertas, ú otras cosas semejantes, en el caso de que ellos ú otros á quien lo pudieren vedar, embargasen en alguna manera á los que las tovieren arrendadas, ó alogadas, que non pudiessen usar, sin aprovecharse della, ó cuando otros extraños les ficiesen atal embargo (Sent. 22 Abril 1865).

El principio de que los contratos sólo son obligatorios á las partes que los celebren, no tiene aplicacion cuando la accion ejercitada no se dirige al cumplimiento de pacto alguno, sinó á que sean lanzados los que detentan ó impiden, sin razon legal, al verdadero arrendatario el aprovechamiento de la cosa, con abono de perjuícios al mismo (Sent. 28 Noviembre 1865).

El arrendatario no tiene derecho á indemnizacion de perjuícios si éstos no han sido causados por caso fortuíto ó imprevistos, ó porque el arrendador ú otra persona le haya puesto algun embargo para el libre uso de la cosa arrendada (Sent. 21 Octubre 1865).

La ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, sólo impone al locador la obligacion de resarcir los daños y perjuícios, y abonar las ganancias que pudo hacer el arrendatario, cuando le impidiere el uso de la cosa arrendada el mismo arrendador ó personas á quienes lo pudiese impedir, ú otros que para ello tuviesen derecho, conociéndoles éste cuando celebró el contrato; y solamente la de devolver la cantidad recibida cuando ignorase el derecho del que se opuso, pero sin imponerle responsabilidad alguna cuando el embargo fué causado por persona que ningun derecho tenia (Sents. 8 Marzo y 29 Diciembre 1869).

La ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, que impone al arrendador la obligacion de facilitar al arrendatario el libre uso de las fincas arrendadas, amparándole y defendiéndole contra los que se lo impidan y perturben, se refiere exclusivamente á los obstáculos y perturbaciones procedentes de personas privadas que pretendan tener, ó realmente tengan, derechos sobre las mismas fincas, y de ninguna manera á las que procedan de mandatos de la Autoridad pública (Sent. 26 Abril 1869).

No acreditándose los daños sufridos por el arrendatario por la no entrega de la cosa arrendada, la sentencia que absuelve al arrendador de la demanda entablada al efecto, no infringe la ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, pues ésta presupone la existencia de los daños ó menoscabos que declara debe pechar el arrendador en los casos que expresa (Sent. 25 Enero 1872).

No se extingue ni se amengua la responsabilidad del arrendatario, por la falta que equivocadamente atribuye al arrendador que vendió la cosa arrendada por un tiempo determinado, de no haber llenado las condiciones que las leyes imponen al comprador perturbado ó inquietado judicialmente para reclamar del vendedor el saneamiento de la cosa vendida, y principalmente la de notificar á éste la demanda ántes de la publicacion de probanzas, puesto que tal notificacion era completamente innecesaria respecto del arrendador, que era el verdadero causante de la perturbacion sufrida por el arrendatario, y que por lo ménos no podía ignorar que vendiendo incondicionalmente la finca, y desamparando los derechos de éste, confería á la compradora el de privarse de su aprovechamiento, realizándose así las dos circunstancias exigidas por la ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, para que el arrendatario desposeído y perturbado deba ser indemnizado por el arrendador (Sent. 27 Abril 1871).

La ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, no autoriza la rescision del contrato de arrendamiento, limitándose únicamente á establecer la indemnizacion de perjuícios que el arrendatario experimente por las causas que ella misma señala (Sent. 28 Abril 1874).

La sentencia que aplica justamente la disposicion de la ley 21, tít. VIII, Partida 5.ª, que declara es el arrendador responsable al arrendatario que no ha podido usar, por causa de un tercero, de la cosa arrendada, no infringe la ley del contrato, ni la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que declara eficaces las obligaciones, ni la 32, tít. V, Partida 5.ª, que dispone que el vendedor es «tenudo de facer sana al comprador la

cosa que vende;» ni la doctrina legal de que la eviccion establecida en dicha ley para la compra-venta, es extensiva á todos los contratos onerosos (Sent. 10 Julio 1875).

COMENTARIO

El arrendador está obligado á sostener al arrendatario en el goce y disfrute de la cosa arrendada, durante el tiempo por que se convinieron. Esta es la principal obligacion del arrendador, y en su consecuencia deberá indemnizar daños y perjuícios al arrendatario: 1.°, si el mismo vendedor le privase del uso de la cosa arrendada; 2.°, si un tercero á quien el vendedor lo pudiese prohibir, *veluti si eran famuli, vel servi, vel subditi locatoris*, impidiese al arrendatario el disfrute de lo arrendado. Tal es el primer capítulo de la ley.

Si el arrendador no pudiese prohibir al tercero que moleste al arrendatario, no responderá de los daños que á éste se le ocasionen, á ménos que dicho tercero obrase en virtud de justa causa, así como por ser señor della, é por tenerlas empeñadas, ó por otro derecho que ouiere sobre ellas y fuere conocido por el arrendador. Si el arrendador ignorase esta causa cuando se hizo el arrendamiento, únicamente estará obligado á devolver el precio ó parte de él que hubiese recibido.

Mas el tercero reclamante que obtiene la cosa en virtud de su derecho, no debe enriquecerse con perjuício del arrendatario que poseyó de buena fe; por eso, si *ouiesse fecho missiones en labrar ó enderezarlas que fuessen tales, porque valiessen mas, estonce aquellos que gelas emuargaron son tenudos de gelos dar y pechar á bien vista del juzgador.*

Cuando el arrendatario obró de mala fé, sabiendo que la cosa arrendada pertenecía á otro que al arrendador, *estonce non aurian demanda ninguna en esta razon contra aquellos de quien las tenian.*

En general, puede decirse que, siendo este contrato de los llamados bilaterales, impone obligaciones recíprocas á los contratantes, y el que falte á su cumplimiento deberá abonar daños y perjuicios al otro, con más los beneficios ó productos impedidos.

Artículo 1564.—El dueño debe abonar al arrendatario el importe de las mejoras hechas en la cosa, salvo pacto en contrario.

ORÍGENES

Ley 24, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

El abono de las mejoras sólo puede tener lugar, segun las leyes, cuando se prueba la existencia de las expensas y mejoras cuya indemnizacion se reclama (Sent. 13 Octubre 1856).

El arrendatario conserva su derecho al abono de las mejoras, cuando en la sentencia se le reserva expresamente el derecho de que se cree asistido respecto de los gastos que haya hecho en la forma acordada, segun las condiciones del contrato (Sent. 6 Febrero 1860).

La ley 24, tít. VIII, Partida 5.ª, se contrae á determinar los casos en que son abonables por el dueño al arrendatario las mejoras que éste hubiese hecho en la finca arrendada, sin conceder al mismo arrendatario derecho alguno para retenérla ni para impedir su despedida ó desahucio (Sent. 22 Diciembre 1865).

La sentencia que manda abonar las mejoras que son puramente de comodidad, sin aumentar con ellas el valor de la finca, infringe la ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª (Sent. 5 Diciembre 1866).

Las mejoras hechas en la finca arrendada ceden á favor del dueño, sin más derecho por parte del arrendatario que lo hizo, que el de reclamar su valor, siendo de aquellas en que éste puede exigirse (Sent. 5 Abril 1867).

La sentencia que declara no abonables las mejoras hechas en una finca por el arrendatario, no infringe el principio de derecho de que nadie debe hacerse rico con daño de otro, debiendo estarse á la apreciacion que la Sala sentenciadora hace de las pruebas, en uso de sus atribuciones (Sent. 27 Abril 1868).

COMENTARIO

Sucede á veces que los arrendatarios toman las fincas con el objeto de dedicarlas á la explotacion de alguna industria ó á mejorar las condiciones de su suelo, para obtener una mejor y más abundante, y hacen en ellas gastos que redundan inmediatamente en beneficio y mejoramiento de la finca, de tal manera que ésta llega á valer más. De estos gastos y mejoras se utiliza, como es consiguiente, el mismo arrendatario, pero dan por resultado un beneficio en favor del dueño. Como, segun un principio general de derecho, nadie puede enrique-

cerse con daño de otro, no ha podido la ley consentir que el dueño de las cosas arrendadas se utilizase de las mejoras hechas en las mismas que el arrendatario tuviera derecho á indemnizacion alguna; por eso dice la que comentamos: «El señor es tenudo de dar las missiones que fizo en aquellas cosas que mejoró ó gelas descontar del arrendamiento.»

La ley hace una excepcion á esta regla: «fueras,—dice, —si en el pleito fuesse puesto que fiziesse de lo suyo tantas lauores é mejorias como estas que de suso diximos: ca estonce seria tenudo de guardar el pleito segun que fué puesto;» porque sin duda se tuvieron en cuenta las mejoras para fijar el precio ó renta. ó bien quisieron contratar con el riesgo de que resultara la finca mejorada ó no.

No deben considerarse comprendidos en la disposicion de este artículo, para el efecto de la obligacion del dueño á reembolsar los gastos hechos en el cultivo ú otros indispensables. La dificultad que existe de clasificar en cada caso estas impensas y las mejoras que de ellos resultan, es grande; por eso lo más seguro es, en opinion de Gomez, que el arrendatario no principie á hacer las mejoras que crea necesarias ó útiles sin avisar previamente al dueño, pues de lo contrario se expone á que no se le abonen las útiles, ó á no reintegrarse cumplidamente de los gastos causados en las mejoras necesarias. De esta manera se salva el derecho que tiene el dueño de hacer por sí las mejoras, ó porque pueda verificarlo con más economía, ó porque crea que no son necesarias ó útiles todas las intentadas por el colono; y siempre sería injusto que el dueño careciese de la noticia de gastos que se tratan de hacer en una cosa suya, y cuyo abono ha de exigírsele.

Artículo 1565.—El arrendador de toneles ó vasos malos ó quebrantados deberá denunciar estos vicios, si de ellos tuviere conocimiento. Si los ocultare, ó aunque no tenga conocimiento de ellos, deberá indemnizar al arrendatario los daños y perjuícios que se le ocasionaren.

El arrendador de prados ó montes que contengan hierbas nocivas al ganado, deberá la misma indemnizacion si á sabiendas ocultó aquel vicio. Si lo ignorase, no abonará dicha indemnizacion, pero no podrá reclamar el precio del arriendo.

ORÍGENES

Ley 14, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

La ley 14, tít. VIII, Partida 5.ª, se refiere á las responsabilidades que contrae el que arrienda toneles y vasos malos ó quebrantados, ó pastos de montes ó prados, y no es aplicable de ningun modo á los arrendamientos de habitaciones, ni por consiguiente á los pleitos de desahucio (Sent. 19 Julio 1867).

COMENTARIO

El que da en arriendo alguna cosa debe entregarla en buen estado y de manera que sirva y pueda utilizarse en aquel uso para que se destina ordinariamente, ó para el que se hubiere convenido ó para el que sea conforme con su naturaleza.

Ademas de esta obligacion, tiene la de hacer notar al arrendatario aquellos defectos de la cosa de que sea conocedor, como si son vasijas y estuvieren rotas, ó campos y tuviesen malas hierbas. Del no cumplimiento de estos deberes nacen las responsabilidades que le imponen las leyes, cuya doctrina se contiene en nuestro artículo.

Artículo 1566.—El dueño de almacen que lo da en arriendo sin prometer al arrendatario conservarle los objetos que en él guarde, si algunos se perdieren, no estará obligado á indemnizarle, á no ser que se perdiesen mediando culpa ó engaño por su parte.

ORÍGENES

Ley 25, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando el arrendador falta al cumplimiento del contrato, es consecuencia necesaria que tenga que abonar al arrendatario los daños y perjuícios que con tal motivo le haya ocasionado (Sent. 31 Enero 1870).

COMENTARIO

Innuit ista lex, quod locatur horrei non tenetur de custodia, quando specialiter non promissit. Tal es el resúmen de esta ley.

El dueño de un almacen dado en arrendamiento solamente responde del depósito, y por tanto de la pérdida que sufran las cosas depositadas en dos casos:

1.º Si así lo pactaron y á ello se obligó el arrendador, esto es, «si quando le dió el almacen a loguero recibió sobre si la guarda de la cosas que y metiesse.»

2.º Si mediare culpa ó engaño por su parte.

Si el daño ocurriere por caso fortuíto, no responderá de él el arrendador.

Artículo 1567.—Las principales obligaciones del arrendatario son:

1.º Pagar el precio ó renta en los términos convenidos, y no habiéndolos, con arreglo á la costumbre del país, y en su defecto al fin de cada un año (*a*).

2.º Usar de la cosa arrendada, segun el destino que se le dió en el contrato, y cuando no se ha fijado con precision y claridad, el que se sobreentienda con arreglo á su naturaleza y condiciones, al ánimo y objeto que se propusieron los contratantes, y á las circunstancias, profesion é industria del mismo arrendatario (*b*).

3.º Conservar y devolver la cosa sin deterioro, abonando daños y perjuícios cuando se ocasionaren (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 4.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 9.ª, tít. XVII, lib. II, Fuero Real.

(*b* y *c*) Leyes 5.ª, 7.ª y 18, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 6.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Arts. 1728 Cód. Francia.—1584 Italia.—1607 Portugal.—1597 Holanda.—1725 Bolivia.—2681 Luisiana.—1225 Vaud.—1360 Neufchatel.—1471 Valais.—Ley 3.ª, tít. LV, lib. IV, Código.—Leyes 25 y 61, tít. II, lib. XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, el que falta al cumplimiento de un contrato de arrendamiento queda obligado á abonar á la otra parte los *daños* y menoscabos, comprendiéndose bajo esta denominacion, no sólo los daños y perjuícios, sinó tambien los productos impedidos (Sent. 25 Junio 1860).

Las leyes romanas y las de Partida, relativas al contrato de arriendo, al paso que determinan los respectivos derechos y obligaciones de los contrayentes, no se oponen á que éstos los modifiquen y alteren por medio de pactos lícitos y honestos, que son en tal caso la ley para los mismos otorgantes (Sent. 8 Febrero 1861).

No pueden exigirse intereses por arrendamientos vencidos, cuando la mora en el pago procede de la falta de cumplimiento del contrato por parte del arrendador (Sent. 25 Noviembre 1861).

Celebrado un contrato de arrendamiento, si en él se consigna un pacto de hacer alguna obra en la cosa arrendada, siempre que no se haya puesto de un modo condicional que haya de depender de su cumplimiento la existencia de aquél, sólo da derecho á exigir que tenga efecto con las responsabilidades consiguientes (Sent. 21 Octubre 1865).

El fijar los deterioros que sufra un local arrendado para decidir á quién corresponde su reparacion, segun el contrato celebrado, es punto sujeto á la apreciacion de la Sala sentenciadora, segun el resultado de las pruebas que se practiquen (Sent. 5 Mayo 1866).

La doctrina de que las cosas perecen para su dueño, no es aplicable al caso en que el local arrendado sufre deterioros por culpa del que lo tomó en arrendamiento (Sent. id. id.).

Cuando el arrendatario no puede hacer uso de los efectos arrendados, no por caso fortuíto ni por culpa del arrendador, sinó por abandono, descuido ó cualquier otra causa que le sea imputable, no cesa su obligacion de pagar el alquiler (Sent. 28 Junio 1865).

Siendo el arrendamiento un contrato bilateral y útil á ambas partes contratantes, el arrendatario está obligado á responder, segun lo prevenido por las leyes, de los daños y menoscabos que en la cosa arrendada se causen por su culpa, aunque leve, ó sea por la falta de la prudencia y cuidado que un hombre medianamente diligente y cuidadoso pone en sus propias cosas (Sent. 5 Mayo 1866).

El arrendatario debe usar de la cosa arrendada segun el destino que se le dió en el contrato, y cuando no se ha fijado con precision y claridad, el que se sobreentienda con arreglo á su naturaleza y condiciones, al objeto y ánimo que se propusieron los contratantes al celebrar-

lo, y á las circunstancias, profesion ó industria del mismo arrendatario (Sent. 26 Setiembre 1867).

La condicion de que la cosa arrendada se ha de devolver á la terminacion del contrato en el estado en que se encuentre, no exime al arrendatario de la obligacion impuesta por la ley 7.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, de usar y cuidar de la cosa arrendada como si fuese suya, y de responder de los daños y menoscabos ocasionados en ella por su culpa ó negligencia (Sent. 27 Febrero 1869).

Cuando se suministran pruebas de testigos sobre si se ha cumplido lo estipulado en un contrato de arrendamiento, ha de estarse á la apreciacion que de ellas haga la Sala sentenciadora en uso de sus atribuciones, miéntras que no se alegue contra ella, que al hacerse se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 17 Junio 1870).

La ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, que se refiere exclusivamente á contratos innominados, no tiene aplicacion al de arrendamiento, por no ser de dicha clase este contrato (Sent. 17 Junio 1870).

El arrendatario tiene derecho á usar de la cosa arrendada en los términos estipulados en el contrato respectivo, y á destinarla á los objetos para que le fué entregada, entendiéndose éstos cuando no se hayan determinado clara y precisamente, con arreglo á la naturaleza y condiciones de la cosa misma, al propósito de los contrayentes, á la profesion de arrendatario y á la costumbre comunmente observada en casos de igual naturaleza (Sent. 18 Octubre 1871).

La ley 7.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, previene que si el arrendatario de campos, viñas ú otros heredamientos los labrase mal ó fuera de sazon y por culpa suya se empeorase la finca, debe indemnizar al dueño el daño que hubiere causado *a bien vista del juzgador et de los omes bonos que saben de labor de tierra* (Sent. 18 Octubre 1871).

Al arrendatario no puede obligársele á hacer más que aquello á que se obligó (Sent. 25 Junio 1874).

COMENTARIO

Pagar deuen los arrendadores el precio de las cosas que arrendaron... Esta es la obligacion primera del arrendatario y recíproca de la que pesa sobre el arrendador de entregar la cosa.

El pago del precio, renta ó alquiler deberá hacerse en la época que se estipuló; á falta de estipulacion, segun la costumbre del país, que más comunmente es por meses ó trimestres adelantados cuando se trata de casas, y en los meses de Diciembre y Junio en las tierras: no habiendo costumbre, se pagará en fin del año.

Cuando se hubiere fijado como precio una sola cantidad, deberá ésta pagarse en fin del tiempo ó plazo fijado: pero si esta misma cantidad se hubiere distribuido por años ó por meses, deberá pagarse en fin de cada uno la parte correspondiente.

Cuando la renta hubiera de pagarse en frutos, no serán éstos exigibles hasta la época en que deban percibirse. Aun cuando el precio ó renta se hubiere estipulado en frutos, puede el arrendatario, en virtud de lo dispuesto en el auto acordado del Consejo de 30 de Junio de 1708, pagar, en vez de los frutos, su equivalencia en metálico.

Al decir en nuestro artículo que el pago ha de hacerse en los términos convenidos, es claro que en ellos se comprenderá, no solamente la circunstancia del tiempo, sinó tambien la del lugar. No habiéndose pactado lugar donde entregar el precio, deberá hacerse en el domicilio del arrendador ó su apoderado, á no ser que siendo frutos hubiere que hacer gastos de portes, pues entónces se entenderá designado el domicilio del arrendatario.

El arrendatario tiene ademas otra obligacion, que es la de conservar la cosa como un buen padre de familias, es decir, que «las lauores que ouiere de fazer en ellos deuelas fazer en tales sazones, é en tal manera, que los árboles é las otras cosas que fuessen en la eredad, ó en la casa que arrendare, se mejoren por ende, é non resciuan ningun empeoramiento.»

El género de explotacion á que se dedique la cosa arrendada ha de ser arreglado á lo que se pactó con el arrendador, y en defecto de pacto, á lo que deba sobreentenderse con arreglo al uso y naturaleza de la cosa y á lo demas que decimos en el párrafo 2.º de este artículo.

Por último, despues de conservar la cosa sin deterioro, ha de restituirla á su dueño luégo que por haberse cumplido el tiempo del contrato, ó por otra justa causa, se le reclame, debiendo abonar daños y perjuicios en los casos y modo que veremos en otro de los siguientes artículos.

Artículo 1568.—Cuando se trata del arrendamiento de fincas rústicas ó urbanas,

la falta de pago de la renta del modo que determina el párrafo 1.° del artículo anterior, ó el incumplimiento de las condiciones del contrato, da derecho al arrendador para desahuciar al inquilino ó colono (1).

ORÍGENES

Leyes 4.ª y 5.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Leyes 4.ª y 9.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

El proponer una demanda de desahucio equivale á reconocer la validez del arrendamiento; pues caso que hubiera derecho para reclamar la nulidad de éste, debe hacerse previamente y en diverso juicio, por ser de naturaleza distinta la accion que al efecto ha de intentarse (Sentencia 12 Setiembre 1863).

No puede procederse por la vía de desahucio cuando la accion se funda en la inteligencia de una cláusula testamentaria cuyo sentido no está fijado (Sent. 5 Junio 1858).

Procede el desahucio, no sólo por el trascurso del tiempo fijado para el arriendo, sinó tambien porque el arrendatario no guarde las condiciones estipuladas (Sents. 6 Febrero 1860 y 9 Junio 1860).

No cumpliendo el arrendatario las condiciones establecidas en el contrato, ó dejando de pagar la renta estipulada, es procedente y legal el desahucio (Sent. 27 Noviembre 1867).

El contrato de arrendamiento es rescindible sólo en los casos expresados en las leyes, ó cuando sobreviniese alguno que, con arreglo á lo convenido por las partes, determine la rescision (Sent. 28 Abril 1874).

La ley 5.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, faculta al propietario para desalojar de su finca al que la arrendó, si no paga lo prometido (Sents. 3 y 23 Febrero 1875).

Al declarar una sentencia haber lugar al desahucio fundado en la falta de pago por haberse apreciado por la Sala, en uso de sus facultades, la existencia de este hecho no infringe las leyes 2.ª, 4.ª y 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª (Sentencia 20 Enero 1876).

(1) El procedimiento para el desahucio no es materia apropiada para este libro. Pueden verse todas las disposiciones vigentes sobre desahucio en nuestra obra: *Compilacion general de reglamentos, leyes adjetivas, reales decretos, reales órdenes, circulares y demas disposiciones de carácter civil y las administrativas que con ellos se relacionan, ó sea el reglamento para ejecucion de las leyes civiles españolas.*

COMENTARIO

«Alquilada teniendo un ome de otro alguna cosa, si non le pagare el loguero a los plazos que pusieren con el ó á lo más tardar al fin del año, dende adelante el señor de la casa puede echar della al que la tiene aquilada, sin caloña é sin pena.» En esto consiste la especialidad del contrato de arrendamiento. La falta de cumplimiento de las obligaciones que el contrato impone al arrendatario, no sólo dan accion al locador ó dueño para exigir su pago y cumplimiento, sinó para reclamar la rescision del contrato, desahuciando al inquilino ó colono.

Como en la ley 5.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, se dice *é a lo más tardar al fin del año* y en la siguiente ley se marcan dos, trascurridos los cuales, y no ántes, procederá el desahucio, los autores han procurado armonizar esta contradiccion.

En opinion de Gregorio Lopez, la duda admite tres soluciones. Una, si el arrendamiento se hizo por más tiempo que el de dos años, tiene lugar la ley 6.ª: si se hizo por dos años ó ménos, se observará lo que dispone la 5.ª Otra: ó el señor quiere expeler del uso de la casa al arrendatario en dejando de verificar el primer pago, y puede hacerlo, áun sin esperar el bienio, aunque el arriendo se haya hecho por tiempo más largo, pero el arrendatario conserva el derecho de purgar la mora, ó lo hace negando este derecho, y entónces tiene que esperar á que pase el bienio. La tercera es, que cuando se agregó al contrato el pacto *de non expellendo*, se exige el bienio, y que si no intervino este pacto, basta el atraso en el primer pago.

Gomez distingue si el arriendo se hizo por largo ó por corto tiempo: en el primer caso, dice, si se constituyó una pension á pagar en cada año, ha de esperarse el bienio; en el segundo puede ser expulsado si no paga en el tiempo debido.

A nosotros nos parece más conforme al espíritu de la ley la explicacion del Sr. Gutierrez. La ley,—dice,—debe explicarse comparándola con la que le precede, en la que se dice que no habiéndose señalado el tiempo para pagarse la pension, y cuando faltara costumbre, se debía pagar en fin de año: de aquí la consecuencia, si llegado no pagaba el arrendador, podía despedir al inquilino. En armonía con esta interpretacion, hemos redactado el artículo que comentamos. Así, pues, si el arrendamiento se hace por cuatro ó cinco años, deberá el dueño

esperar al bienio para que proceda el desahucio; si el arrendamiento se hizo por plazo más breve, podrá ejercitarse la accion de desahucio cuando haya dejado de pagar el precio en la época convenida, ó en la que fuere costumbre en fin del año. Así creemos que se interpreta en la práctica la ley.

Artículo 1569.—El arrendatario no responderá de los daños y menoscabos que la cosa sufriere por caso fortuíto, á no ser:

Primero. Si así lo pactaron al hacerse el arrendamiento.

Segundo. Si demorase la devolucion de la cosa y en este tiempo ocurriese el daño (*a*).

Tambien deberá el arrendatario responder de los daños y menoscabos cuando mediare culpa por su parte (*a*), ó si proviniesen de haber destinado la cosa á un uso distinto del que se hubiere pactado (*b*).

ORÍGENES

(a) Ley 8.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
(b) Ley 6.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1729 Código Francia.—1585 Italia.—1109 y 1111 Austria.—1598 Holanda.—1745 Bolivia.—2689 Luisiana.—1226 Vaud.—1472 Valais.—1360 Neufchatel.—Ley 29, tít. LV, lib. IV, Código.

COMENTARIO

El arrendatario no responde de caso fortuíto, y por consiguiente los menoscabos y áun la pérdida de la cosa arrendada pertenecen al dueño cuando se hubieren causado por evento; «assi como si fuesse bestia é se muriesse de muerte natural; ó si fuesse naue é peligrase por tormenta que acaesciere, ó por otras cosas semejantes destas.»

Como ilustracion y precedente útil para los casos en que se produzcan deterioros por casos fortuítos, véase el decreto de 22 de Setiembre de 1756, inserto por nota en la ley 8.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., así como tambien deben verse las resoluciones de 26 de Julio de 1782 y de 23 de Agosto de 1783, que determinan que deben los dueños de casas sufrir el daño que resultase en las vidrieras por una tempestad de granizo.

La ley, sin embargo, admite algunas excepciones. La primera de ellas es el pacto que mediare entre el dueño y el arrendatario, es decir, si éste hubiere tomado sobre sí el caso fortuíto. En este caso, sin embargo, entienden los autores que debe distinguirse entre el caso fortuíto que ocurre con alguna frecuencia, como las nieves, el granizo, y aquel otro rarísimo, como son ciertas inundaciones, y otros que Febrero llama casos fortuítos insólitos, que no han ocurrido en la localidad ó territorio donde esté sita la cosa durante cuarenta años. En sentir de Gomez, el pacto en virtud del cual el arrendatario toma sobre sí los casos fortuítos, únicamente le harán responsable de los que acaecen comunmente, mas no de los que rara vez se verifican. En cuanto á la mora en que incurriese el arrendatario al devolver la cosa, es regla general de la contratacion, que no hemos de explicar en este sitio.

Por último, el arrendatario responde de los daños y menoscabos que se ocasionen por su culpa. Aunque la ley únicamente emplea la palabra *culpa*, entienden los autores que se refiere á la llamada culpa leve, por ser regla general que en los contratos celebrados en utilidad recíproca de los contrayentes se presta esta clase de culpa.

No sólo responde el arrendatario de la culpa suya, sinó tambien de la de su familia, criados y áun huéspedes y subarrendatarios.

Si el arrendatario destinare la cosa arrendada á usos diversos de aquellos para que se celebró el arrendamiento, será tambien responsable de los daños que sufra por tal ocasion. (Véase nuestro artículo 1600.)

Artículo 1570.—Si terminado el arrendamiento se negase el arrendatario á devolver la finca, deberá ser condenado á restituírla doblada, con más los daños y perjuícios que se originen.

ORÍGENES

Ley 18, tit. VIII, Partida 5.ª
Art. 5.º, Decreto de las Cortes de 8 Junio 1813.

JURISPRUDENCIA

Los arrendamientos por tiempo indeterminado terminan sin necesidad del aviso previo que establece el art. 6.º del decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, que no ha derogado en esta parte la ley 18, tít. VIII, Partida 5.ª (Sents. 14 Diciembre 1858, 6 Febrero 1860, 9 Junio 1860 y 10 Junio 1864).

Terminado el contrato de arrendamiento, debe

el arrendatario restituir la cosa arrendada ó indemnizar al dueño de los daños y perjuicios que por no entregarla se le sigan, hasta que recaiga sentencia contra él (Sent. 28 Noviembre 1861).

Si por no dejar un arrendatario, al finalizar el tiempo del arriendo, á disposicion de su dueño la cosa arrendada, tuviere éste que entablar la correspondiente demanda de desahucio, ínterin ésta no se decida, no puede el propietario ejercer actos de posesion sobre la cosa, que perjudiquen los derechos del arrendatario y le priven de las utilidades que pudiera tener de la cosa arrendada. El que tal acto comete está obligado á indemnizar al perjudicado todos los daños ocasionados por causa de él (Sent. 13 Mayo 1863).

Con arreglo á la ley 34, Códice, *De locata et conducto*, con la cual está conforme la doctrina admitida como jurisprudencia por el Tribunal Supremo, los arrendadores de cosas ajenas que retienen la posesion de ellas, ó sus herederos, si no quieren restituírlas hasta que recaiga sentencia definitiva, serán obligados á devolver á los dueños, si éstos vencieren en el juício, no sólo la cosa arrendada, sinó tambien á indemnizar los daños y perjuícios que por no haberla entregado se les haya seguido (Sent. 11 Noviembre 1865).

La ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª, que trata de las despensas hechas en heredades ajenas, no tiene aplicacion al caso de un arrendatario que, espirado el plazo del arrendamiento, continúa de hecho en él contra la voluntad del dueño, dando lugar á que éste tenga que entablar la demanda de desahucio (Sent. 12 Julio 1872).

COMENTARIO

El arrendamiento puede hacerse á tiempo determinado ó sin plazo. En el primer caso, vencido el plazo, fenecerá el arrendamiento, y sin necesidad de aviso por parte del dueño, ni otra formalidad, deberá el arrendatario restituír la cosa ó finca. Cuando el arrendamiento se hiciere sin designacion de tiempo fijo, se presume que la voluntad de las partes es de que dure el contrato hasta que ellas mismas le pongan término. En este caso es preciso, para que se considere llegado el día de hacer la entrega, que haya mediado el correspondiente aviso, con la anticipacion que la ley exige (un año en las fincas rústicas y cuarenta días en las urbanas, salvo pacto ó costumbre).

Dispone esta ley que si el arrendatario «fuese rebelde... non la queriendo entregar fasta que fuesse dado juício contra él, deuela tornar despues doblada á aquél que gela arrendó ó á sus herederos.» Mas como observa Gutierrez, las penas del duplo no están en uso, por lo cual lo admitido y confirmado por la jurisprudencia de los Tribunales es que el arrendatario restituya la cosa, con más las costas, daños y perjuícios que se ocasionen por haberse negado á la restitucion, dando motivo y lugar para un litigio. (Véase la jurisprudencia que acompaña á este artículo.)

Artículo 1571.—Los frutos producidos por la cosa arrendada, sea urbana ó rústica, y los objetos que en ella se hallaren, están afectos al pago del arrendamiento y á los daños que aquélla hubiere sufrido pudiendo el dueño, previa formacion de inventario ante testigos, retenerlos hasta la completa solvencia de lo que se le adeude.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Todas las cosas que fallaren en la cosa de aquel que la tenia alquilada, fincan obligadas al señor de la cosa, por el loguero ó por los menoscabos que ouiesse fecho en ella...; pero debe entenderse que únicamente están afectas al pago de aquellos menoscabos que, segun hemos visto en los artículos precedentes, está obligado á satisfacer el arrendatario.

Por lo demas, el artículo es bastante claro para necesitar más explicacion.

Sí diremos que, en sentir de los autores, no se comprenden en la ley aquellas cosas que el arrendatario colocó en la finca arrendada sin intencion de que permaneciesen en ella, como las mercaderías de un comerciante y con mayor razon las pertenecientes á un tercero que hubiere en poder de arrendatario por depósito.

Artículo 1572.—Por el abandono malicioso en que el arrendatario deje la cosa arrendada, no pierde el dueño la posesion de la misma.

En este caso, y en el del párrafo 1.º del artículo 739, queda obligado el arrendatario á

la indemnizacion de daños y menoscabos, á no ser que el arrendatario fuere arrojado por un tercero, en cuyo caso éste debería la indemnizacion.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XXX, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando en el pleito no se trata de ganar ó perder la posesion de cosas arrendadas ó alogadas, sinó de la adquisicion del dominio por medio del contrato de compra-venta, no tiene aplicacion la ley 13, tít. XXX, Partida 3.ª, sobre el que desampara maliciosamente la tenencia de la cosa que tuviere arrendada ó alogada (Sent. 12 Julio 1869).

COMENTARIO

El precepto es terminante y nada oscuro, por por lo cual no merece detenida explicacion.

En el lugar correspondiente (art. 739, página 347 del tomo I) puede verse el complemento de esta doctrina.

Artículo 1573.—En los arrendamientos de cualquiera finca, ninguna persona ni corporacion podrá, bajo pretexto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec.
Art. 4.º, Decreto de Cortes 8 Junio 1813.

COMENTARIO

Antes del decreto de 1813 existian diversos privilegios en cuanto á los arrendamientos, especialmente en los de fincas urbanas. Así, por real órden de 22 de Mayo de 1793 se concedió preferencia á los dependientes de rentas cuando concurrían con otras personas á alquilar alguna casa. Los catedráticos de la Universidad de Salamanca tenían preferencia cuando se trataba del arrendamiento de casas pertenecientes á la Universidad (Véase la nota 6.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec.).

Los alcaldes de casa y corte gozaban en Madrid de preferencia dentro de sus respectivos cuarteles (Ley 8.ª, art. 1.º, tít. X, lib. X, Nov. Rec.). Los vecinos tenían preferencia sobre los forasteros en las poblaciones nuevas de Sierra-Morena (Ley 3.ª, artículos 68 y 69, tít. XX, libro VII, Nov. Rec.). Los militares la tenian tambien con ciertas limitaciones (Real órden de 3 Junio 1805).

Pero el decreto de las Cortes de 1813 anuló por completo estos privilegios, garantizando el libre uso de la propiedad, respetando asimismo la voluntad de los otorgantes y los contratos que libremente hubieren otorgado. Su precepto es general, y la ley de 1842 vuelve á consignarlo en su primer artículo.

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LOS ARRENDAMIENTOS DE PREDIOS RÚSTICOS

Artículo 1574.—Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán libres, á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesion y engaño con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec.
Art. 2.º Decreto de Cortes 8 Junio 1813.

JURISPRUDENCIA

Por la ley 2.ª, tít VIII, Partida 5.ª, se dispone que deben valer y ser guardadas todas las

condiciones lícitas que se pongan en los arriendos (Sent. 6 Febrero 1860).

Por la ley de 8 de Junio de 1813, restablecida en 6 de Setiembre de 1836, los propietarios pueden disponer libremente de las fincas como mejor les convenga (Sent. 16 Noviembre 1870).

COMENTARIO

Las disposiciones contenidas en el capítulo precedente se refieren, así al arrendamiento de fincas rústicas como á las urbanas, y áun al alquiler de cosas, puesto que en algun artículo hemos hablado del arriendo de toneles y vasijas. Tratándose de fincas rústicas rigen además disposiciones especiales.

El artículo que comentamos dispone:

1.° Que los arrendamientos de fincas rústicas se otorgarán en la forma y bajo las condiciones que estipulen los contratantes, sin sujecion á reglas de ninguna clase, salvas, por supuesto, los generales del derecho.

2.° Que la fijacion del precio se hará por el mutuo consentimiento de las partes, sin que ni el arrendador ni el arrendatario puedan pedir, despues de haberlo pactado, que se someta á tasacion.

3.° Que en los casos de lesion ó engaño podrá usar cualquiera de ellos del remedio que proceda, con arreglo á las leyes.

Artículo 1575.—Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos por *tiempo determinado*, fenecerán con éste, sin necesidad de mutuo desahucio y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si tres días ó más despues de concluido el término permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos: y el dueño, áun con el pretexto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario sinó en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít XVII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 2.ª, 20 y 55, tít VIII, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít X, lib. X, Nov. Rec.
Art. 5.° Decreto de Cortes 8 Junio 1813.

JURISPRUDENCIA

Concuerda en parte con: Arts. 1775 Cód. Francia.—1625 Italia.

JURISPRUDENCIA

Procede el desahucio en el arrendamiento, no sólo por el trascurso del tiempo fijado para su duracion, sinó tambien porque el arrendatario no cumpla las condiciones estipuladas (Sent. 6 Febrero 1860).

Para que el arrendamiento se entienda prorogado por no haber precedido aviso de despedida, es condicion indispensable el cumplimiento exacto de las obligaciones contraídas por el arrendatario (Sent. id. id).

El precepto establecido en la ley de 8 de Junio de 1813, de que se respeten los arrendamientos de los predios rústicos por todo el tiempo determinado en el contrato para su duracion, está subordinado al de que se cumplan por el arrendatario las condiciones estipuladas (Sent. 9 Junio 1860).

Los arriendos de predios rústicos hechos por tiempo determinado fenecen con éste, sin necesidad de mutuo desahucio, y sólo podrá el dueño durante el arriendo despedir al arrendatario cuando no pague la renta, trate mal la finca, ó no cumpla las condiciones estipuladas (Sent. 7 Abril 1866).

Los artículos 5.° y 6.° del decreto de Cortes de 1813, en que se establecen los mutuos derechos de los propietarios y colonos de predios rústicos, suponen siempre la existencia del contrato de arrendamiento, celebrado ya á plazo cierto, ya por tiempo ilimitado, y no concede derecho alguno al que abusivamente se introduce á labrar la finca, y ménos al que deja de labrarla para cederla á otro (Sent. 17 Noviembre 1866).

Las leyes y jurisprudencia relativas á los arrendamientos á plazo fijo no tienen aplicacion, cuando no resulta haberse celebrado contrato alguno de esta especie (Sent. 26 Noviembre 1866).

El art. 5.° de la ley de 1813, acorde con lo establecido anteriormente por la 20, tít. VIII,

Partida 5.ª, y la 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., declara prorogado por un año, con las mismas condiciones y pactos primitivos, el arrendamiento de fincas rústicas, si, concluido el término en éste prefijado, permanece en ellas el arrendatario tres días ó más, con aquiescencia del dueño (Sent. 29 Diciembre 1869).

Segun el art. 5.º de la ley de 8 Junio 1819, los arrendamientos de predios rústicos por tiempo determinado fenecen con él, sin necesidad de mutuo desahucio (Sent. 15 Diciembre 1873).

Artículo 1576.—Los arrendamientos *sin tiempo determinado* durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellos que quiera disolverlos, podrá hacerlo así, avisando á la otra un año ántes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec.
Art. 6.º, Decreto de Cortes 8 Junio 1813.

JURISPRUDENCIA

Al fijar el art. 6.º del decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813 la obligacion de avisarse en los arrendamientos por plazo indeterminado con un año de anticipacion, cuando las partes quieran disolverlo, supone virtualmente el exacto cumplimiento por ambas partes de las condiciones del contrato (Sent. 14 Diciembre 1858).

El arrendamiento concluye, sin necesidad de que trascurra el tiempo prefijado, cuando no se cumplen las condiciones de dicho contrato (Sent. id. id.).

Los arrendamientos de fincas rústicas celebrados sin tiempo determinado pueden disolverse al arbitrio de cualquiera de las partes, avisándose á la otra con un año de anticipacion, segun la ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., y el decreto de las Cortes de 1813 (Sents. 9 Abril 1864, 28 Abril 1865 y 8 Octubre 1867).

Cuando en un arrendamiento no se pacta tiempo indeterminado, no es necesario hacer el desahucio con antelacion de un año, como para dicho caso establece el decreto de Cortes de 1813 (Sent. 28 Noviembre 1865).

Lo dispuesto en el art. 6.º del decreto de las Cortes de 1813, restablecido por el de 6 de Setiembre de 1836, que previene que en los arrendamientos de predios rústicos por tiempo no determinado se dé el aviso para el desahucio con un año de antelacion, derogó todas las costumbres que en contrario pudieran ser guardadas anteriormente (Sent. 6 de Junio 1867).

En consecuencia del art. 6.º del decreto de 1813, tiene declarado el Tribunal Supremo que el comprador de una finca rústica no puede desahuciar al arrendatario para entrar desde luégo en ella, debiendo esperar á que trascurra el año que ha de concedérsele (Sent. 21 Junio 1871).

La ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., tratando de los arrendamientos de tierras, establece que en el principio del último año estipulado, el dueño y el colono tienen la obligacion de avisarse para su continuacion ó despedida como mutuo desahucio, y que si sólo se hiciere en el fin de dicho año, se entiende seguir el inmediato como término para prevenirse cualquiera de las partes (Sent. 21 Junio 1871).

No concediéndose á una persona la calidad de arrendatario de una finca, no le es aplicable lo dispuesto en la ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., respecto á que se le avise al principio del año último estipulado para el arriendo acerca de la continuacion ó desahucio en el mismo (Sent. 5 Junio 1871).

Dada la naturaleza esencial del arrendamiento de fincas rústicas, el propietario sólo puede desahuciar al colono en la época y en la forma que procede el desahucio de las mismas, sin perjuicio del derecho de percibir la parte del arrendamiento que le corresponda; y al prescindir una sentencia de este principio, infringe el espíritu de la ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec., que exige el aviso al principio del último año del arriendo como mutuo desahucio (Sent. 13 Enero 1877).

Artículo 1577.—El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca, sin aprobacion del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder, al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

ORÍGENES

Art. 4.º, ley 8.ª, tít. X, lib. X, Nov. Rec.
Real órden 21 Junio 1768.

Real decreto 13 Setiembre 1836.
Art. 7.°, Decreto de Cortes 8 Junio 1813.

JURISPRUDENCIA

Respondiendo en juicio un arrendatario del pago de las rentas no satisfechas por un tercero á quien traspasó el arriendo sin consentimiento expreso del dueño de los bienes arrendados, reconoce en el mismo hecho que sus tratos con aquél carecen de fuerza obligatoria para éste (Sent. 9 Mayo 1860).

El art. 7.° del decreto de las Córtes de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, si bien determina que el arrendatario *no pueda subarrendar sin aprobacion* del dueño, no exige, sin embargo, que ésta sea expresa y anterior al subarriendo, bastando, por lo mismo, la tácita posterior (Sent. 10 Octubre 1865).

El contrato de subarriendo no puede extinguirse por el mutuo disenso entre el subarrendatario y el comprador posterior de la finca, ajeno á dicho contrato (Sent. 9 Noviembre 1861).

El abandono de la finca subarrendada, verificado por el subarrendatario sin el beneplácito del subarrendador, no puede legalmente perjudicar á éste (Sent. id. id.).

El arrendatario de una finca no puede subarrendarla, y mucho ménos en condiciones contrarias á las de su contrato, sin consentimiento expreso del dueño, con arreglo á lo dispuesto en la primera parte del art. 7.° de la ley de 8 de Junio de 1813 (Sent. 24 Enero 1874).

Por tanto, no constando que mediara dicho consentimiento, es evidente que, cualesquiera que fueran los convenios que celebrara el arrendatario con el subarrendatario y los abusos que con tal motivo se cometieran, en manera alguna pueden afectar al dueño de la finca que sólo habia contratado con aquél, ni mucho ménos privarle de los derechos adquiridos en virtud del contrato, entre los cuales se encuentra el de desahuciar, reconocido ademas en el art. 5.° de la misma ley y en el 638 de la de Enjuiciamiento (Sent. id. id.).

COMENTARIO

Nemo prohibetur rem quam conduxit alii locare, nisi aliud convenit, decía la ley romana, para la cual era perfectamente lícito el subarriendo.

Nuestros tratadistas lo consideraban tambien permitido áun sin el consentimiento del dueño; pero la verdad es que no había ley que lo autorizase.

Por el contrario, las leyes que dejamos citadas lo prohibieron, y aunque la doctrina admitida más comunmente por los Códigos europeos es la contraria, el proyecto del nuestro optó por negar al arrendatario aquella facultad (siguiendo en esto á los Códigos de Holanda y Vaud), á no ser con el consentimiento del dueño; bien que añade que si el dueño, no siguiéndosele perjuicio, ó sin otro motivo fundado, se negare á prestarlo, se rescindirá el contrato á instancia del arrendatario; mas esto únicamente cuando la resistencia del dueño es hija de puro capricho ó malignidad.

Suelen preguntar los autores: admitido por el dueño el subarriendo, ¿tiene derecho pignoraticio sobre los frutos y demas cosas pertenecientes al subarrendatario, del mismo modo que lo tiene sobre las del arrendatario? (Véase nuestro art. 1571.)

Algunos niegan que el dueño tenga semejante derecho, pues si carece,—dicen,—de la accion personal, ménos puede tenerla pignoraticia ó hipotecaria. Pero otros entienden que el subarrendatario responde al dueño hasta la concurrencia del precio de subarriendo que se halle debiendo en el acto el arrendatario, y que tiene sujetos sus cosas y muebles á esta responsabilidad, así con respecto al dueño como respecto al arrendatario, por la cantidad que sea deudor, y nada más (Escriche).

Por último, no se olvide que son cosas diferentes subarrendar y ceder el arrendamiento.

Artículo 1578.—Si los frutos se perdieren íntegramente por caso fortuíto y extraordinario, no deberá pagarse el precio del arriendo de aquel año.

Si la pérdida fuere parcial, deberá satisfacerse el precio ó entregar el sobrante de los frutos, deducidas las expensas, á eleccion del arrendatario.

ORÍGENES

Ley 22, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No es doctrina admitida por los Tribunales la de que si bien el arrendatario no está obligado á pagar la renta en el caso de peste ó guerra que sobrevenga y le prive de los frutos, se

exceptúa el caso de que la guerra hubiese empezado ántes del contrato de arrendamiento (Sent. 9 Abril 1866).

COMENTARIO

En otro lugar dejamos dicho que el arrendatario está obligado á pagar el precio estipulado. Esta ley hace una excepcion á esta regla, libertando al colono de semejante obligacion. Mas para ello es preciso que los frutos se hayan perdido totalmente, por caso fortuito.

¿Bastará cualquier caso fortuito? En el artículo decimos *fortuito y extraordinario*, porque la ley expresa que hayan de perècer *por alguna ocasion que non fuesse muy acostumbrada:* y en efecto, casos fortuitos son los accidentes que suelen llevar consigo las estaciones, y no debió entrar en el ánimo del legislador comprenderlos en esta ley. La clasificacion de los casos fortuitos en sólitos é insólitos hecha por Febrero, tiene aquí lógica y natural aplicacion. El contrato de arrendamiento,—dice Gutierrez,—aunque conmutativo, contiene en cierta medida algo de aleatorio: el arrendatario debe contar con años malos y medianos, así como puede esperar grandes cosechas: estos cambios ordinarios en el curso del arriendo han sido previstos en la fijacion del precio.

Si la pérdida fuere parcial, queda al arrendatario el derecho de eleccion, que se consigna en el segundo párrafo del artículo.

¿Qué entidad ha de tener la pérdida para que el colono goce de tal eleccion? Los tratadistas sostienen las más contrarias opiniones, por lo mismo que la ley no lo determina. El arbitrio judicial es, en sentir de Covarrubias, el que resolverá segun las circunstancias de cada caso.

Artículo 1579.—No obstante lo dispuesto en el primer párrafo del artículo anterior, estará el arrendatario obligado á pagar la renta:

1.º Si se hubiere pactado que, aunque se pierda el fruto por cualquier ocasion, debe abonarla.

2.º Si la pérdida proviniere de culpa ó mal cultivo del arrendatario.

3.º Cuando, habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó más años, los frutos cogidos en uno de ellos cubran el precio ó renta de los otros en que hubo pérdida, y los gastos hechos por el arrendatario, áun cuando el dueño hubiere remitido anteriormente la deuda.

ORÍGENES

Leyes 22 y 23, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Si bien la ley 23, tít. VIII, Partida 5.ª, impone al arrendatario que se obliga á los casos fortuitos, ó sea á aquellos accidentes que ni el cuidado, ni la custodia, ni la provision pueden evitar, el deber de satisfacer el precio íntegro del arrendamiento, áun cuando sobrevenga alguno de dichos accidentes, esto es y se entiende, segun el espíritu y la letra de la expresada ley, cuando la pérdida ocasionada por el mismo recae sobre los frutos, y no sobre la finca ó cosa arrendada (Sent. 8 Noviembre 1864).

Cuando en un contrato de arrendamiento se obligó el arrendatario á responder de los casos fortuitos, no queda exento de pagar el precio íntegro del artículo, aunque la cosa misma arrendada perezca ó sufra deterioro por uno de esos accidentes; pero esto únicamente se entiende respecto á los frutos ya mostrados, pues en adelante no está obligado á pagar renta por la parte inutilizada, miéntras no se restablezca al estado que tenía ántes del arrendamiento (Sent. 8 Noviembre 1864).

Conforme á la ley 23, tít. VIII, Partida 5.ª, y á la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, acorde con ella, la obligacion del arrendatario que acepta los casos fortuitos, comprometiéndose á pagar íntegro el precio del arrendamiento, sean cuales fueren los que sobrevengan, se entiende cuando la pérdida afecta á los frutos ó utilidades de aquél, y no cuando desaparece la finca ó cosa arrendada (Sentencia 4 Marzo 1873).

Faltándole al arrendatario el uso de la cosa arrendada, por inutilizarse ésta ó desaparecer, se le priva de sus productos y queda naturalmente relevado de satisfacer la renta convenida (Sent. id. id.).

En este caso es rescindible el contrato (Sentencia id. id.)

COMENTARIO

En cuanto al núm. 1.º de este artículo, solamente hemos de decir: 1.º, que, en sentir de al-

gunos autores, la renuncia del caso fortuito debe entenderse del mismo modo que dijimos en el art. 1569, es decir, que si el caso fortuito fuere de los extraordinarios ó insólitos, no se entenderán comprendidos en la renuncia; y 2.°, que esta renuncia se refiere al daño ó pérdida que por caso fortuito sufran los frutos, mas no si el daño recayere sobre la finca arrendada.

El segundo párrafo del artículo es de doctrina tan usual y corriente, que no es preciso explicarla.

En cuanto al contenido del tercer párrafo, el aumento del segundo año debe entenderse, segun expresa Gregorio Lopez, durante un solo arriendo, y por tanto, que la compensacion no tenga lugar si fuesen contratos diversos.

Para el caso es igual, dice Gutierrez, que el año abundante suceda inmediatamente, ó venga interpolado.

Artículo 1580.—Si en un año excedieren los frutos al duplo del producto ordinario de la finca, deberá duplicarse el precio ó renta, á no ser que aquel aumento proviniese de la industria, labores especiales ó mejoras del arrendatario.

ORÍGENES

Ley 23, tít. VIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

A propósito de esta ley dice Sala: «Jamas he visto este caso de pedir el dueño paga doble.»

Lopez añade: «El dueño, por el contrato de arrendamiento, se desprende de todo el derecho que tenía á los frutos, y por lo mismo ningun derecho parece quedarle á los mismos, áun cuando fueren muy abundantes. Esta abundancia es, por lo tanto, favorable al arrendatario, y sólo aprovechará al dueño cuando por ella se compense la falta de los años escasos, á fin de que no se rebaje la renta.»

Mas lo cierto es que la ley de Partida es terminante: «estonce deue otrosi el que la tiene arrendada doblar el arrendamiento, si esta abundancia vino por auentura é non por acucia del que la labrasse, de mas lauores que solia ó por otras mejorias que fiziesse en la cosa. Ca guisada cosa es, que como al señor pertenesce la pérdida de la ocasion que viene por auentura se le siga bien por la mejoria que acaesce en la cosa por esa misma razon.» *Ad quem spectat periculum, spectare debet et commodum.*

Artículo 1581.—No obstante lo dispuesto en el art. 1561, podrá señalarse el precio cuando se trate del arrendamiento de fincas rústicas, en una parte alícuota de los frutos que se produzcan.

ORÍGENES

Ley 79, tít. XVIII, Partida 3.ª

COMENTARIO

Llámase *aparcería* un contrato que participa á la vez de los carácteres del arrendamiento y de los de la sociedad. En efecto, por él se asocian el dueño de la tierra y el cultivador, poniendo éste su trabajo y aquél su propiedad, repartiéndose luégo, en la proporcion que hubieren pactado, los frutos ó rendimientos de la heredad. Pero es al mismo tiempo un arriendo en que el colono paga el precio ó renta con una parte alícuota de los frutos que se produzcan.

Mas para que el contrato sea de aparcería es preciso que el precio se fije, no en una cantidad alicuanta, como diez arrobas ó quince fanegas, sinó en una cantidad alícuota, como la mitad, tercera ó cuarta parte de los frutos.

Como ya dijimos en el comentario del artículo 1561, la costumbre ha admitido que se celebren arrendamientos de tierras, fijando el precio en una cantidad alicuanta de frutos.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES ESPECIALES, RELATIVAS AL ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS

Artículo 1582.—Los dueños de las casas y otros edificios urbanos, así en la corte como en los demas pueblos de la Península é islas adyacentes, en uso del legítimo derecho de propiedad, podrán arrendarlos libremente desde la publicacion de esta ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les pareciere convenientes, los cuales serán cumplidos y observados á la letra.

ORÍGENES

Art. 1.°, Ley 9 Abril 1842.

JURISPRUDENCIA

Las cuestiones sobre arrendamientos de fincas urbanas deben resolverse por la ley de 9 de Abril de 1842, y no por la 5.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, derogada por aquélla en todo lo que le sea contrario (Sent. 24 Noviembre 1864).

Si bien el art. 1.° de la ley de 9 de Abril de 1842 manda cumplir y observar á la letra los pactos y condiciones que los dueños de casas arreglen y establezcan con el arrendatario, es de absoluta necesidad que tales pactos y condiciones se prueben bastantemente (Sent. 19 Setiembre 1867).

La ley de 9 de Abril de 1842 no consigna principio alguno del que se deduzca que respeta la costumbre establecida en Zaragoza de que los inquilinos de casas puedan subarrendar sin permiso ni noticia del propietario (Sent. 26 Setiembre 1867).

COMENTARIO

Hemos dicho que hasta que se publicó el decreto de las Cortes de 1813 existían diversos privilegios á favor de determinadas personas, ya para ser preferidos cuando concurrían con otros á verificar un arriendo, ya tambien para expulsar al que la tenía en arrendamiento, á fin de que la disfrutasen los privilegiados. Pero aquel decreto llevó la libertad á los predios rústicos, y esta libertad se hizo extensiva á los urbanos en 1820 y se consolidó, á vueltas de no pocas vicisitudes, en la ley de 9 de Abril de 1842.

Así se explica este artículo, que aplica al arrendamiento el principio de libertad en general, aplicable á toda contratacion.

Artículo 1583.—Si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte. Mas si no se hubiere fijado tiempo, ni pactado desahucio, ó, cumplido el tiempo fijado, continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni éste dejar el predio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallase adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta días.

ORÍGENES

Ley 20, tít. VIII, Partida 5.ª
Art. 2.°, Ley 9 Abril 1842.

JURISPRUDENCIA

No puede invocarse en apoyo de un recurso de casacion sobre cuestion de desahucio el artículo 2.° de la ley de 9 de Abril de 1842, en cuanto ordena que se dé previo aviso al inquilino, más que en el caso de haberse cumplido las obligaciones estipuladas (Sent. 10 Junio 1864).

La ley de 9 de Abril de 1842 no señala el término de cuarenta días para el desahucio cuando hay tiempo fijo en el arrendamiento (Sentencia 19 Junio 1866).

Segun expresamente dispone la ley de 9 Abril de 1842, siempre que se estipule en el arrendamiento tiempo fijo para su duracion, fenece al cumplir el plazo, sin necesidad de desahucio (Sent. 21 Febrero 1867).

Cumplida por el comprador la obligacion de dar el oportuno aviso de despedida al arrendatario, se observa la formalidad que para el desahucio exige la ley de 1842 (Sent. 17 Abril y 7 Mayo 1868).

Habiendo pactado que el aviso de desahucio se había de dar con seis meses de anticipacion, sin hacer especial mencion de los requisitos con que se hubiera de practicar, se entiende que de cualquiera manera que se hubiera hecho, con tal que constase á la otra parte, se le considera eficaz, segun el texto y espíritu de la ley y la doctrina consignada por el Tribunal Supremo (Sentencia 1.° Marzo 1872).

El art. 2.° de la ley de 1842, sobre arrendamiento de casas y edificios urbanos, si bien exige para desalojar al inquilino el previo aviso de cuarenta días, no prohibe interponer la demanda de desahucio ántes del expresado plazo (Sentencia 12 Enero 1876).

No se infringen ni la ley 19, tít. VIII, Partida 5.ª, ni la ley de 1813 por la sentencia que declara haber lugar al desahucio, si consta en autos que el desahucio se ha pedido conforme á la ley y no se ha opuesto otra excepcion que la de suponer la demanda prematura, como si fuera lo mismo reclamar un derecho que ejecutarlo (Sent. id. id.)

Si en el contrato de arrendamiento de una casa se estipula que se avisen las dos partes con veinte días de anticipacion, en el caso de mudarse el inquilino ó de convenirle al dueño hacer desocupar la habitacion, y ademas que se consideraría prorogado el arrendamiento por el solo hecho de pagar el inquilino y admitir el dueño ó el que le represente su importe, pero sólo por el tiempo á que correspondiera el pago que hiciera el inquilino, sin cuya circunstancia el contrato quedaría definitivamente ultimado, cumplido el término estipulado en el acuerdo, esta cláusula se refiere al caso en que se hubiere fijado la duracion del arrendamiento; y por tanto, la sentencia que declara haber lugar al desahucio cuando el plazo no se estipuló despues del aviso convenido por las partes no infringe la ley 1.ª, tit. I, lib. X, Nov. Rec., ni la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (Sent. 5 Julio 1877).

El haber dejado correr más ó ménos tiempo despues del requerimiento hasta la interposicion de la demanda, no supone prorogacion tácita del arriendo (Sent. 11 Enero 1877.)

Sent. 21 Marzo 1877.

Sent. 8 Octubre 1877.

COMENTARIO

En el arrendamiento de predios urbanos pueden presentarse los siguientes casos, que se preven en este artículo: 1.°, que el arriendo se haya hecho fijando el tiempo de su duracion, sin necesidad de desahucio; 2.°, que se haya celebrado con término, pero pactando la necesidad de desahuciar; 3.°, que no se haya pactado tiempo ni desahucio; 4.°, que no se haya fijado tiempo, pero sí la necesidad de desahuciar; y 5.°, que se haya estipulado plazo, pero que continúe el arrendatario, con consentimiento expreso ó tácito del dueño.

Como dice Gutierrez, la regla fundamental, casi la única, consiste en cumplir los pactos franca y espontáneamente convenidos; así, pues, cuando los contrayentes han señalado límite al inquilinato concluye *ipso facto*, sin necesidad de desahucio, porque tal ha sido su voluntad; aunque hayan fijado plazo, no concluye si pactaron la necesidad de desahuciar; si no se fijó tiempo, el desahucio suple sus veces y ha de preceder á la conclusion del contrato: en el último de los casos citados, es necesario el desahucio, áun cuando no se hubiere pactado, en cuya prevision la ley manda que se haga con la anticipacion que fuere acostumbrada, y en otro caso, con la de cuarenta días.

Artículo 1584.—El dueño de un predio urbano dado en arrendamiento por tiempo cierto, no puede desahuciar al inquilino hasta la terminacion del contrato, á no ser en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Si el dueño necesitare la finca para vivirla él, por haberse arruinado la que habitaba, no teniendo otra en que vivir.

2.° Si el dueño la necesitare para alguno de sus hijos á quien casare ó hiciere caballero.

3.° Si fuere necesario hacer en ella obra para evitar su ruína.

4.° Si el inquilino hiciere mal uso de la casa, de tal manera que la empeore ó la destine á ocupaciones ilícitas.

5.° Si, hecho el arrendamiento por cuatro ó cinco años, con designacion de precio para cada uno de ellos, dejare de satisfacer dos anualidades.

En el caso de los números 1.°, 2.° y 3.° de este artículo, el dueño deberá dar al arrendatario ó inquilino otra casa hasta que pueda volver á la primera, ó descontarle la parte proporcionada del alquiler.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 6.ª tít. VIII, Partida 5.ª, al obligar al dueño de la casa alquilada á dar al inquilino interinamente otra en que viva hasta que pueda volver á la primera, despues de verificados en ella los reparos y composturas necesarias, supone, en el hecho mismo de disponerlo así, la subsistencia de la casa arrendada (Sentencia 9 Mayo 1851.)

La ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, se limita á dictar reglas para el contrato de arrendamiento de una casa ó tienda (Sent. 14 Junio 1861.)

El subarrendador de una casa tiene personalidad para comparecer en juicio á pedir el desahucio del subarrendatario, cuando el contrato de subarriendo es el único título que éste tiene para habitar la casa (Sent. 11 Noviembre 1861.)

El caso 4.° de la ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, que requiere que no se haya pagado el alquiler por dos años para que el dueño pueda desalojar al arrendador en los arrendamientos de casa ó hacienda que se hagan por cuatro ó cinco años, sólo es aplicable cuando es cuestion del litigio el tiempo estipulado para el arriendo (Sent. 30 Junio 1865.)

La ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, señala diferentes casos en que el dueño de una casa ó tienda puede despedir al arrendatario de ella, ántes del tiempo convenido, y entre ellos el de que aparezca necesidad de repararla para prevenir su caída (Sent. 26 Abril 1869.)

Cuando se desahucia á un inquilino para que desocupe una casa en razon á que hay que demolerla, y pasado el plazo que se le concede para desalojar la habitacion no sale de ella y el derribo comienza, si por consecuencia de él se le causan perjuicios, es indispensable probar, para que tenga derecho á su indemnizacion, que aquéllos proceden por dolo ó mala fe de los desahuciantes (Sent. 4 Junio 1869.)

No constando otro pacto que el pago de la renta anual, obligacion del inquilino en emplear una determinada cantidad en reparaciones, y tiempo de duracion del arriendo, aunque el inquilino no pague la renta de un año á su vencimiento, no habiendo intervenido pacto especial sobre el desalojo de la finca ni señalado causa alguna que lo justificara, debe estarse al derecho comun, ó sea á la ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, que menciona los motivos que pueden dar lugar al desahucio (Sent. 3 Mayo 1872.)

Segun esta ley, cuando el arriendo se hace por tiempo cierto, no puede el propietario, por regla general, desalojar al inquilino, salvo, entre otros casos, cuando pasados dos años el inquilino no pagase lo que debía dar (Sent. id. id.).

Infringe dicha ley la sentencia que decretó el lanzamiento de un inquilino sin haber trascurrido los expresados dos años (Sent. id. id.).

COMENTARIO

El arrendamiento hecho por tiempo determinado y cierto no puede darse por terminado hasta que se cumpla el plazo que se pactó. Este principio general tiene cinco excepciones, que son las contenidas en la ley 6.ª y artículo que comentamos.

En el caso del párrafo 1.° de este artículo, entiende los autores que para que sea aplicable es preciso: 1.°, que la causa de necesitar el dueño la cosa sea grave, como la de ruina que cita la ley; 2.°, que la necesidad ha de acaecer de improviso, pues si se presumiese con alguna antelacion que había de ocurrír, no se entendería llegado el caso de la ley; y 3.°, que no haya mediado el pacto *de non expellendo*. Téngase, sin embargo, presente, en cuanto al pacto *de non expellendo*, la opinion de Lopez, que es contraria, pues dice: *Quia promissio de non expellendo debet intelligi rebus sic extantibus, non si necessitas superveniat.*

En cuanto al párrafo 2.° del artículo, Lopez cree que debe extenderse al caso en que el hijo se hiciese doctor, abogado ó presbítero. (Glosa 5.ª)

Los otros tres casos de la ley son tan claros, que no precisan explicacion.

Por último, en cuanto á la obligacion en que está el dueño de proporcionar al inquilino otra casa, ó descontarle la parte proporcional de

precio, diremos que esta obligacion tiene lugar en los tres primeros casos.

Ahora bien; en el caso del número 4.°, en el cual es indudable que no tiene el dueño obligacion de proporcionar otra casa, ¿deberá descontar la parte proporcional del precio? Unos autores entienden que no, puesto que la ley únicamente se refiere á los casos 1.°, 2.° y 3.°, y ademas no hay culpa del dueño, sinó del inquilino. Otros, sin embargo, entienden lo contrario, y alegan, segun expresa Gutierrez: 1.°, que la ley establece la obligacion de prorratear el precio, como alternativa para en el caso de que no pueda proporcionar al inquilino otra casa; y 2.°, que no ha podido ser su objeto derogar el principio general de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro.

Por lo que se refiere al párrafo 5.°, véase lo que dejamos dicho en el comentario del artículo 1568.

Artículo 1585.—Los arrendamientos ya hechos y pendientes á la publicacion de esta ley se cumplirán en los mismos términos que se hayan celebrado, y por todo el tiempo y en la forma que debían durar, con arreglo á la ley que ha regido en Madrid hasta ahora, reales resoluciones, práctica y costumbres vigentes al tiempo de celebrarse dichos contratos.

ORÍGENES

Art. 3.°, Ley 9 Abril 1842.

JURISPRUDENCIA

Por el artículo 3.° de la ley de 1842 solamente se respetaron los arrendamientos pendientes al tiempo de su publicacion, debiendo cumplirse en los términos en que se hubieren celebrado y por todo el tiempo que debían durar, con arreglo á la ley que hasta dicha fecha había regido en Madrid (Sent. 27 Junio 1865).

COMENTARIO

Este precepto, como de carácter meramente transitorio, no necesita explicarse más; será difícil que se conserven hoy arrendamientos de fecha anterior á 1842. En realidad, podíamos haber omitido este artículo.

CAPITULO IV

DEL ARRENDAMIENTO DEL TRABAJO Y DE LA INDUSTRIA

SECCION PRIMERA

DEL SERVICIO DE LOS CRIADOS Y TRABAJADORES ASALARIADOS

Artículo 1586.—Los posaderos, taberneros y cualesquiera otras personas ó empresas, son responsables de las pérdidas y menoscabos que por su culpa ó negligencia sufrieren los efectos de los que se hospedaren en sus casas ó establecimientos, siempre que por los huéspedes ó viajeros se hubiere dado conocimiento del depósito de aquellos efectos al mismo posadero ó al que lo sustituya en el cargo.

En la misma responsabilidad incurren por el hurto de aquellos efectos, practicado por algun huésped del mismo establecimiento ó viajero de la misma nave.

ORÍGENES

Ley 26, tít VIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El arrendamiento de trabajo es un contrato por el cual alguna persona se obliga á hacer una cosa ó prestarle un servicio.

Esta clase de arrendamiento está sujeto á las reglas generales que para los arrendamientos dejamos consignadas en el capítulo primero de este Título, salvo aquellas que por la naturaleza del contrato no le sean aplicables.

Los que se dedican á prestar ciertos servicios ó á hacer determinadas cosas, ó que ejercen oficio, arte, industria ó profesion, están sujetos á responsabilidades de cierta especie.

El proyecto de Código da el caracter de depósito al contrato que existe entre el huésped y el posadero cuando el primero coloca en la habitacion que alquiló sus muebles y efectos. Pero el Derecho romano y el patrio colocan esta ley, y tratan de la responsabilidad á que se refiere nuestro articulo entre los del arrendamiento.

Nuestra ley no se refiere únicamente á los posaderos y taberneros, sinó que cita á los *señores de las naves* por los objetos pertenecientes á los viajeros, y en general deben entenderse sujetas á idéntica responsabilidad cualesquiera otras personas ó empresas.

Aunque nada dice la ley, entienden los autores que la responsabilidad de los posaderos y demás personas ó establecimientos comprendidos en el artículo, alcanza, no sólo á su culpa ó negligencia, sinó tambien á las faltas de sus dependientes (Ley única, párrafo 6.°, tít. V, libro XLVIII Digesto).

Artículo 1587.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los posaderos y demas personas que en él se comprenden estarán exentos de responsabilidad:

1.° Si así lo hubieren pactado.

2.° Si el posadero ó fondista entregara al viajero las llaves de su cuarto ó arca, pidiéndole que guarde allí bien sus cosas.

3.° Si la pérdida de las cosas fuere ocasionada por robo con violencia ó intimidacion en las personas, ó por siniestro ó fuerza mayor.

ORÍGENES

Ley 26, tít. VIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo dispuesto en el artículo 1586 tiene tres excepciones, que son las contenidas en el que comentamos.

Estas excepciones son suficientemente claras y terminantes.

Téngase presente, para los casos en que pueda haber lugar á ello, lo establecido en los artículos 20, 21 y 22 del Código penal de 1870.

Artículo 1588.—El obrero que presta su trabajo, podrá reclamar su jornal en la noche de cada día que trabajase.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXVI, lib. VIII, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Los contratos de arrendamientos de obra de manos están comprendidos en las disposiciones legales que se refieren á la rescision por lesion enormísima (Sent. 24 Setiembre 1858).

Cuando se verifica un convenio para la ejecucion de servicios mecánicos de cierta clase, que son muy frecuentes y no se señala el precio de ellos, debe estarse á la costumbre para su apreciacion (Sent. 22 Junio 1871).

COMENTARIO

El trabajo del obrero, como el del sirviente, constituye un género especial de arrendamiento. Este contrato está sujeto á las reglas generales de la contratacion, puede hacerse por tiempo cierto, mas no por toda la vida, porque entónces se convertiría en una especie de servidumbre, lo cual repugna al espíritu de las leyes y de las costumbres de nuestra época; y como dicen los Partidas de la servidumbre, *es la más vil cosa de este mundo, ó la más despreciada; así como la libertad es la más cara é la más preciada.*

¿Podrá un amo,—pregunta Goyena,—obligarse válidamente á servirse por toda su vida de un criado? Rogron cita dos sentencias de los Tribunales superiores de Francia: segun una, la obligacion del amo se resolverá en la indemnizacion de daños y perjuicios, si los sufre el criado por no cumplir el amo; segun la otra, el contrato es absolutamente nulo por ilícito, y

no produce accion alguna, ni áun la de daños.

Tengo por más fundada,—añade el autor de las *Concordancias*,—esta segunda decision, porque los derechos y obligaciones deben ser recíprocos, y el cumplimiento ó resolucion del contrato no puede pender del arbitrio de una sola de las partes.

Nuestras leyes (entre ellas la 1.ª, tít. XXVI, lib. VIII, Nov. Rec.) señalan diversas reglas para fijar la duracion del trabajo del obrero ó trabajador, ordenando que éstos deben comenzar á trabajar *dende que sale el sol y dejen la lauor cuando se pusiere el sol*. Pero las costumbres de cada localidad son las que han de servir al juez para apreciar si el jornalero cumplió ó no con su obligacion, y si ha trabajado todo el tiempo que supone el jornal que reclame.

Respecto al contenido de este artículo, la ley dice terminantemente *que en la noche, cuando viniesse el obrero de su lauor, que el que le trajere, queriendo el obrero que le pague luégo, le pague...* La razon de este precepto tambien la da la ley: «porque hay algunos omes que hacen barata á los obreros que fazen sus lauores y no les pagan.»

Artículo 1589.—Los artesanos, menestrales y obreros que reclamaren judicialmente el pago de sus jornales, tendrán derecho á que se les abone el interes de seis por ciento desde que dedujeren sus pretensiones (*a*).

Los criados tendrán derecho en el mismo caso al interes del tres por ciento de sus salarios (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Art. 4.º, ley 12, tít. XI, lib. X, Novísima Recopilacion (1784).
(*b*) Ley 13, tít. XI, lib. X, Nov. Rec. (1784).

JURISPRUDENCIA

El hecho de recibir y ajustar á un sirviente, realizado del modo que comun y ordinariamente se acostumbra, no constituye por parte del amo ni por la del sirviente obligacion alguna relativa á ser servido ó á servir por más tiempo que el de la mera voluntad de ambos (Sent. 13 Noviembre 1866).

COMENTARIO

Respecto de los artesanos, menestrales y obreros, dice el art. 4.º de la ley 12: «Respecto á las deudas activas de artesanos y menestrales contra todas las clases distinguidas y privilegiadas, contraidas desde la publicacion de esta mi Cédula, declaro que desde el día de la interpelacion judicial corran por la demora y retardacion del pago á beneficio de dichos artesanos y menestrales los intereses mercantiles del seis por ciento, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora y avivar por este medio directamente el pago.»

En cuanto á los criados, dice la ley 13 «... declaro, que así como á los artesanos y menestrales se les han de abonar los intereses mercantiles del seis por ciento desde el día de la interpelacion judicial, en la misma forma debe correr á beneficio de los criados el tres por ciento de la cantidad que demandassen de sus salarios, para resarcirles igualmente el menoscabo que reciben en la demora y avivar por este medio directamente el pago.»

Artículo 1590.—Si los menestrales que estuvieren encargados de alguna obra por precio cierto fallecieren sin concluirla, sus herederos tienen el derecho de verificarlo, dando otro menestral tan idóneo como el finado.

ORÍGENES

Ley 9.ª tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando se verifica un convenio para la ejecucion de servicios mecánicos de cierta clase, que son muy frecuentes, y no se señala precio de ellos, debe estarse á la costumbre para su apreciacion (Sent. 22 Junio 1871).

El empleado pericial que entra al servicio de una compañía por un sueldo fijo y determinado, no tiene derecho á exigir honorarios por los trabajos que ejecute de órden de dicha empresa, porque es incuestionable que es potestativo en la misma el ocupar á sus empleados en lo que más la convenga, á la vez que éstos, si no se conforman, son libres de hacer oportunamente las reclamaciones que sean justas (Sentencia 12 Marzo 1869).

COMENTARIO

De la primera parte de la ley 9.ª no nos ocupamos, porque está derogada. La segunda parte, aunque no muy clara, ha sido rectamente interpretada por la jurisprudencia de los Tribunales.

Segun ésta, deben distinguirse dos casos:

1.º Cuando se trate de obras ó servicios puramente mecánicos, que es el previsto en este artículo.

2.º Cuando se trate de obras que se encargan á determinada persona, en razon á su industria ó en atencion á sus cualidades personales, que es el caso del artículo siguiente.

En el primer caso, si el menestral muriese ántes de haber acabado la obra ó servicio que se le encomendó, deberán sus herederos percibir la parte de precio correspondiente al servicio, obra ó trabajo ejecutados; *pero si todo el precio quisieren demandar*, pueden hacerlo pero *deuen dar otros menestrales tan sabidores como aquellos que finaron, que acaben las obras.*

Artículo 1591.—Si la persona á quien se hubiere encargado una obra, por razon de su industria ó de sus cualidades personales, áun cuando fuere por precio determinado, falleciere sin concluirla, sus herederos únicamente tendrán derecho á cobrar el precio correspondiente á la parte de obra ejecutada.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. IV, lib. IV, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

Aunque por la ley 9.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, se ordenó que si los menestrales que estuvieren encargados de alguna obra por precio cierto falleciesen sin concluirla, sus herederos tienen derecho de verificarlo dando otro menestral tan idóneo como el finado, esta disposicion de la ley se ha entendido siempre limitada á las obras puramente mecánicas, siendo doctrina constantemente admitida por la jurisprudencia, que cuando se encarga una obra á determinada persona, por razon de su industria ó de sus cualidades personales, al fallecimiento de esa persona se rescinde el contrato, por faltar lo que constituye su verdadero objeto; no pasando, por tanto, á los herederos la obligacion ni el derecho de continuar la obra, si bien lo tienen á que por el dueño de ella se les abone el valor de la parte ejecutada y el de los materiales preparados que puedan ser de utilidad á dicho dueño (Sent. 8 Octubre 1867).

COMENTARIO

Hemos dicho en el comentario del artículo anterior que debian distinguirse dos casos cuando se encarguen obras á determinadas personas.

En el segundo de los allí enumerados, esto es, cuando el trabajo se encomendó á una persona en razon á su industria ó cualidades personales, no es posible que sus herederos presenten otra persona idónea que termine el trabajo, puesto que si éste se encomendó al finado fué por circunstancias que le eran personalísimas, al contrario de lo que sucede en el caso del artículo anterior, en que se trata de obras puramente mecánicas, y por consiguiente que pueden hacerse del mismo modo por todos los menestrales, con tal que sean idóneos.

Artículo 1592.—El artífice que destruye por su culpa una cosa que se le entregó para la ejecucion de alguna obra, es responsable de aquella falta.

Lo mismo se observará áun cuando no mediare culpa del artífice, si se hubiere encargado de la obra con este riesgo.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable del mismo modo á los maestros, físicos, cirujanos, albéitares y cualesquiera otros que reciban precio por hacer alguna obra ó por medicinar.

ORÍGENES

Ley 10, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 2.ª, tít. XXIII, lib. VIII, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El ejemplo de la ley pone más en claro este concepto. «Si algun orebze,—dice,—recibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla

en sortija ó en otra cosa, por precio cierto, é la quebrantasse engastándola por non ser sabidor de lo fazer, ó por otra su culpa, deue pechar la estimacion della a bien vista de omes buenos é conoscedores de estas cosas.»

Despues de imponer al platero esta responsabilidad únicamente cuando el daño ó pérdida se produce por su culpa, es en realidad innecesario añadir que «si él pudiesse mostrar ciertamente que non avino por su culpa, é que era sabidor de aquel menester segund lo eran los demas omes que usan dél comunalmente; é que el daño de la piedra acaesció por alguna tacha que auia en ella, assi como algund pelo ó alguna señal de quebradura que era en la piedra, estonce no seria tenudo de la pechar.»

Cuando el artífice toma sobre sí este riesgo, obligándose á responder de la cosa *como quier que acaesciesse*, la pérdida deberá pagarla áun cuando se rompa ó inutilice sin su culpa.

Por último, «los otros maestros, los fisicos, los cirujanos ó los albeytares é todos los otros que resciben precio para fazer alguna obra ó melezinar alguna cosa,» incurren en la misma responsabilidad «si erraren en ella por su culpa ó por mengua de saber.»

Artículo 1593.—El que recibe telas para teñirlas, lavarlas ó coserlas, y las cambiare por otras, aunque sea equivocadamente, ó se destruyeren ó deterioraren por su culpa, deberá devolver otro tanto de la misma calidad ó su valor, á juicio de peritos.

ORÍGENES

Ley 12, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. XXIII, lib. VIII, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El precepto contenido en este artículo es casi el mismo que dejamos consignado en el artículo precedente, y puede decirse que es su continuacion, y áun su complemento.

Artículo 1594.—Los pastores y demas que por salario están encargados de custodiar ganados, deben hacerlo esmeradamente, siendo responsables de los daños que se causaren por su negligencia en procurarles los pastos y aguas mejores, segun las estaciones.

Si alegaren que el daño acaeció de una manera inevitable, deberán probarlo por cualquier medio, bastando su juramento, á no haber prueba en contrario.

ORÍGENES

Ley 15, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XVII, lib. X, Nov. Rec.
Ley 5.ª, tít. XXVII, lib. VII, Nov. Rec.

COMENTARIO

La importancia de la ganadería ha inducido á los legisladores á consignar una ley expresamente para fijar la responsabidad de los pastores. Verdaderamente la doctrina de este artículo está contenida en los demas de este capítulo. Mas como á pesar de esto se fijan de una manera concreta los deberes y responsabilidades de los pastores asalariados, discrepando en algun punto de lo establecido anteriormente, hemos creído conveniente colocar esta doctrina en artículo separado.

Por lo demas, es ésta tan obvia, que no necesita explicacion.

SECCION SEGUNDA

DE LAS OBRAS POR AJUSTE Ó PRECIO ALZADO

Artículo 1595.—El que se obligare á la ejecucion de una obra mediante un precio alzado, deberá rehacerla por completo si por defectos de construccion falseare y se derribare ántes de estar acabada, ó devolver al dueño el precio, daños y perjuícios.

La misma responsabilidad alcanza al contratista si, terminada la obra y reconocida por peritos, entendiesen éstos que estaba mal construída por culpa de aquél.

ORÍGENES

Ley 16, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 2.ª, tít. XXIII, lib. VIII, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1788 y 1789 Cód. Francia.—1636 y 1637 Italia.—1641, 1642 y 1643 Holanda.—1824 Bolivia.—2728, 2729 y 2730 Luisiana.—Leyes 13, párrs. 5.° y 6.°, 37, 59 y 62, tít. II, lib. XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si en un contrato de construccion no se hace el ajuste por unidad de obra, fijando una sola cantidad por la totalidad de ellas, no hay derecho ni términos hábiles para exigir mes por mes pagos definitivos y enteramente conformes al valor de los trabajos ejecutados, debiendo reservarse necesariamente el arreglo final de cuentas para la terminacion de los trabajos (Sent. 15 Diciembre 1874).

Si en un contrato de obras no se estipuló abono alguno á favor del empresario por razon de direccion y administracion, sinó que se fijó una sola cantidad alzada por todos conceptos, no puede atribuirse á la sentencia infraccion del contrato por no estimar dicho abono (Sentencia id. id.).

COMENTARIO

La ejecucion de obras por ajuste ó por un precio alzado es una nueva especie de arrendamiento, que puede participar á la vez de los caractéres de la compra-venta.

Por eso los autores distinguen dos clases de ajuste: uno en que el contratista pone sólo su trabajo, otro en que, ademas de poner su trabajo, suministra, bien los materiales para la construccion, bien el terreno en que se ha de edificar, ó bien ambas cosas. En el primer caso el contrato es puramente de arrendamiento: en el segundo es á la vez de arrendamiento y compra-venta.

El presente artículo determina la responsabilidad en que incurre el contratista, bien cuando la cosa se destruye ántes de estar acabada y entregada, bien cuando, puesta á disposicion del locador, declaran los peritos que está mal construída.

La obligacion del contratista es alternativa tada vez que puede optár entre hacerla de nuevo ó restituir el precio, daños y perjuícios.

Por más que la ley no distingue entre las dos clases de ajuste que ántes hemos citado, debe interpretarse que son diversas las responsabilidades en que incurre el contratista en uno que en otro caso. Así, pues, si el destajista se obligó únicamente á poner su trabajo, no deberá responder del daño que provenga de la mala calidad de los materiales que se le entreguen para la obra, pues en este caso el que puso ó vendió los materiales, será el que responda de su calidad, si no era apropiada á los usos generales á que se dedican aquellos materiales. Así lo dispone el proyecto de Código, añadiendo que el contratista no podrá exigir estipendios si no cumplió con el requisito de poner en conocimiento del dueño la mala calidad de los materiales. Si por el contrario se obligó á poner su trabajo y los materiales, responderá de su impericia y de la mala calidad de aquéllos.

Artículo 1596.—Cuando se hubiere contratado que la obra ha de hacerse bien y que se pagará á su terminacion, deberá el dueño, llegado este caso, recibirla y entregar el precio si, á juício de peritos, fuere buena la obra.

Si el contratista que se hubiere obligado á responder de todo riesgo terminó la obra y la puso á disposicion del dueño, los daños que en la misma ocurran son de cuenta de éste, áun cuando no se hubiere resuelto á aceptarla, siempre que la obra fuese buena.

Recibida la obra por el dueño, cualesquiera daños ó menoscabos que en aquélla ocurran serán de cuenta de éste.

ORÍGENES

Ley 17, tít. VIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Cuando la obra encomendada á un destajista es buena, segun el parecer de peritos, no puede el dueño negarse á recibirla para retener el precio. Aun cuando se hubiere estipulado que la obra haya de hacerse *bien* y *lealmente*, deberá aceptarla previo el juicio favorable de los peritos.

Los otros dos párrafos determinan cómo y cuándo concluye la responsabilidad del contratista y comienza el daño á pertenecer al dueño de la obra.

Artículo 1597.—Si la obra se moviere ó derribase en los quince años siguientes á su terminacion, el que se encargó de construírla, ó sus herederos, deberán rehacerla á su costa, á no ser que la ruína proceda de caso fortuíto.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XXXII, Partida 3.ª

COMENTARIO

«Lealmente é con grand femencia deuen mandar facer las lauores aquellos que son puestos sobre ella, de manera que por su culpa, nin por su pereza; non sea y fecha alguna falsedad.» Este precepto de la ley supone,—segun expresa Gutierrez,—las siguientes responsabilidades á los arquitectos y maestros de obras:

1.º Hacer ó dirigir la obra por sí mismo, si el que la encargó lo hizo por consideracion á su aptitud; siendo tan esencial esta circunstancia, que por su muerte queda rescindido el contrato (Véase art. 1591).

2.º Hacerla dentro del término que se hubiese prefijado.

3.º Procurar su solidez y perfeccion segun las reglas del arte y conforme al plano presentado, sin poder pedir aumento del precio estipulado aunque se haya aumentado el jornal de los trabajadòres ó el valor de los materiales, ó si por cualquier otra causa que como perito no debía ignorar, hubiera recibido alguna lesion.

4.º Emplear los materiales de modo que no se inutilicen, teniendo cuidado sobre ellos, para evitar cualquiera sustraccion, debiendo cumplir la culpa leve, por ser hecho este contrato en utilidad de las partes.

5.º Proceder de buena fe, sin exagerar el trabajo hecho con el objeto de exigir mayor precio que el pactado.

Si el contratista falta á sus obligaciones nace la responsabilidad que le impone el artículo que comentamos, cuyo precepto es tan claro, que no necesita explicarse.

SECCION TERCERA

DE LOS TRASPORTES POR AGUA Ó TIERRA, TANTO DE PERSONAS COMO DE COSAS

Artículo 1598.—Los conductores de efectos por tierra ó por agua están sujetos á las mismas obligaciones que respecto de los posaderos se determinan y regulan en los artículos 1586 y 1587.

ORÍGENES

Ley 26, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. XIV, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1782, Cod. Francia.—1630 Italia.—1818 Bolivia.—2723 Luisiana.—1268 Vaud.—1531 Valais.—1405 Neufchatel.—Leyes 3.ª y 25, tít. XIX, lib. IV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Las sociedades y empresas de trasportes, en virtud de los anuncios que hacen insertar en los periódicos ó dan por otros medios al público, relativos á los términos y condiciones bajo las cuales ofrecen sus servicios, están obligados á cumplir exactamente con lo que en ellos hayan prometido (Sent. 20 Febrero 1860).

Cuando el contrato de trasporte se establece por pacto explícito, la condicion de abonar por indemnizacion del valor, en caso de extravío de los géneros, una cantidad determinada, en proporcion al porte satisfecho, debe estarse á lo pactado, sin que aproveche recurrir á las condiciones naturales del contrato para librarse una parte de la responsabilidad convenida, ni para reclamar la otra diferente indemnizacion. En tal caso, la accion para reclamar la indemnizacion pactada no excluye á la que nace del dolo, que es independiente y puede utilizarse por lo mismo oportunamente (Sent. 22 Marzo 1864.)

Ajustado un trasporte con una empresa de ferro-carril, para punto de otra línea, por estar en combinacion ambas empresas, y no acreditándose que hubiere error en los precios fijados en los talones, no pueden exigirse despues por la empresa que no contrató directamente, mayores sumas que la del precio ajustado (Sentencia 29 Abril 1867.)

Los resguardos expedidos por las empresas de ferro-carriles llevan consigo, de parte de la empresa conductora, la obligacion de entregar al consignatario ó á su representante legítimo, y no á otra persona, los efectos que se le dirigen, y en su defecto satisfacer su valor (Sentencia 28 Junio 1867.)

COMENTARIO

El trasporte de personas y cosas, así por tierra como por agua, es tambien contrato de arrendamiento de industria. En virtud de él, una persona ó empresa se obliga á conducir desde un punto á otro diferentes géneros para entregarlos al consignatario. Este contrato se extiende asimismo á la conduccion ó trasporte de viajeros.

Esta materia carece de textos de importancia en nuestros Códigos civiles. Por el contrario, en el de Comercio se halla extensamente desenvuelta, y allí hay que acudir en los casos que se presenten. Muchas leyes de Partida que regulaban los trasportes por medio de las naves, han perdido su importancia y su valor despues de promulgado aquel Código.

En cuanto á la conduccion ó trasporte por las vías terrestres, se halla hoy reglamentado por disposiciones de carácter administrativo y de policía.

Artículo 1599.—El dueño de bestia, carreta ó nave que las alquila para el trasporte de ciertos objetos, no responde de la pérdida ó menoscabo de éstos si obró con la debida diligencia.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Los que celebran el contrato de trasportes ó

locacion de un servicio por cierto precio, son árbitros de prescindir de las condiciones naturales al mismo contrato, establecidas en la ley 8.ª, título VIII, Partida 5.ª, y en los 208 y 209 del Código de Comercio, pudiendo pactar otras, siendo lícitas.

Entre una empresa de diligencias y el que entrega á la misma un bulto ó caja para su trasporte, se celebra un verdadero contrato de locacion de un servicio por cierto precio, bajo las condiciones consignadas en el documento ó recibo entregado por aquélla y aceptado por el interesado (Sent. 22 Marzo 1864).

COMENTARIO

«Acuestas por si mismo, ó en alguno en bestia, ó en carreta, ó en nave, prometiendo de levar algun ome, vino, olio, ó otra cosa semejante en odres ó en alcollas ó en toneles, ó pilares de marmol, ó redomas, ó cosa semejante. si levandol de un lugar á otro, cayere por su culpa aquello que levase ó se quebrantasse ó perdiere, tenudo es de lo pechar. *Mas si el pusiesse guarda quanta pudiese en levar aquella cosa ó se quebrantasse por alguna ocasion sin su culpa, non seria tenudo de lo pechar*». Tal es el precepto de la ley 8.ª, que está subordinado á lo que dispone el Código de Comercio para los casos en que esto debe tener aplicacion.

Artículo 1600.—El que recibe en alquiler alguna caballería, no podrá destinarla á otro uso, ni llevarla á lugar distinto, ni retenerla por más tiempo que el que hubiere pactado con el dueño.

Si por falta de cumplimiento de lo pactado en cualquiera de estos casos, ó por culpa del arrendatario, se produjere daño ó muerte de la caballería, habrá lugar á la correspondiente indemnizacion de alquileres durante el tiempo en que ésta quedó inútil, ó á entregar otra igual ó su valor si murió, con más los daños y perjuicios.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 6.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

La ley 6.ª del Fuero que citamos dice así: «Quien quier que bestia, ó otra cosa logare para cosa señalada facer, non sea osado de la meter á otra cosa sinó aquella porque alogó, é como alogó: é quien al fiziese, todo el daño que le fiziere pechelo á su dueño, maguer non aya culpa sinó en cuanto lo usó de otra guisa de como lo alogó.»

TÍTULO XI

DE LOS CENSOS Y OTROS CONTRATOS ANÁLOGOS

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS AL CENSO ENFITÉUTICO

Artículo 1601.—El censo enfitéutico es un contrato por el que el dueño de una cosa raíz trasfiere á otro por cierto tiempo ó á perpetuidad el dominio útil sobre la misma, mediante el pago anual de cierta pension.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 1.ª
Ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1556 Cod. Italia.—1553 Portugal.

JURISPRUDENCIA

La ley 5.ª, tít. XVI, lib. X Nov. Rec., al establecer la reduccion á dinero de los censos perpetuos fundados en pan, vino ú otras especies, dispone que el pago de ellos, con arreglo á la tasa que fija, sea desde el día de la contestacion á la demanda, dando por libres á los dueños de los censos de todo cuanto hubiesen cobrado ántes (Sent. 26 Setiembre 1860).

Aunque la ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª, expresa que el contrato enfitéutico es más semejante al de arrendamiento que á otro alguno, es necesario conciliar el texto de dicha ley con el de la 1.ª, tít. XIV, Partida 1.ª, que compara el expresado contrato con el enajenamiento que se hace á manera de venta; y con la 3.ª del mismo título y Partida que lo califica de especie de enajenacion, que ni es arriendamiento ni venta por tener de ambos y poder celebrarse para siempre ó por tiempo cierto (Sent. 25 Junio 1859).

Deben reputarse como enfitéuticas las prestaciones pactadas en un contrato puramente enfitéutico (Sent. 18 Diciembre 1861).

Cuando ocurran dudas sobre si un contrato es de enfitéusis ó de arrendamiento, debe resolverse en este último sentido, por ser el arrendamiento contrato más comun y ordinario (Sentencia 29 Enero 1866).

Si en un pleito no se trata de la existencia de un contrato de foro, no se infringe, por no tener aplicacion la ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª, porque, aunque tengan mucha analogía los dos contratos, no son idénticos (Sent. 26 Junio 1877).

COMENTARIO

El censo en general ha sido definido como «un contrato, por el cual uno vende y otro compra el derecho de percibir una pension anual» (Asso y de Manuel), ó como «un contrato consensual por el que se adquiere el derecho de exigir de una persona un cánon ánuo ó pension, por haberle trasferido el dominio útil de la finca, ó éste juntamente con el directo, ó por haberle prestado una cantidad consignándola sobre bienes raices suyos» (Gutierrez), ó como «el derecho de exigir cierta pension á cuyo pago está afecta alguna finca ajena» (La Serna y Montalvan), ó como «un contrato por el cual se su-

jetan algunos bienes inmuebles al pago de un cánon ó rédito anual, en retribucion de un capital que se recibe en dinero, ó del dominio que se trasmite de los mismos bienes,» (proyecto de Código).

El censo no se conoció verdaderamente entre los romanos, excepcion hecha de la enfitéusis. En los Códigos modernos tambien hay algunos que los desconocen, otros que los dan un carácter diferente, y otros, por fin, que admiten unas clases de ellos y omiten otras.

Entre nosotros los censos se dividen en tres clases principales, que son: enfitéutico, reservativo y consignativo. Pero ademas hay el vitalicio, ó renta vitalicia, de que nos ocuparemos al hablar de los contratos aleatorios, y otros muchos aceptados y conocidos por mayor ó menor número de provincias, como los foros, subforos, juros debitorios, feudos, rabassa-mortas censales, y otros muchos.

Los censos, y especialmente el enfitéutico, han sido juzgados de diversos modos, considerándolos unos como perjudiciales y otros como favorables al cultivo y á la agricultura.

Sea de ello lo que quiera, lo que no puede negarse es que el censo ha contribuído poderosamente á llevar la fertilidad á campos ántes incultos. Galicia, donde los contratos censuales han sido numerosísimos bajo la forma de foros y subforos, ha llegado á ser, segun la atinada expresion de Goyena, el modelo y envidia de las demas provincias españolas.

Esto no se opone á que los censos hayan ido acompañados de grandes males y sean ocasion de innumerables conflictos.

La enfitéusis, segun expresa la ley de Partida, «no se puede llamar vendida, nin arrendamiento, como quier que tiene natura en si de ambos á dos.»

Artículo 1602.—La constitucion del censo enfitéutico ha de hacerse necesariamente por escritura pública.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIV, Partida 1.ª
Ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

En defecto de la escritura de constitucion del censo enfitéutico, está obligado el dueño á probar la identidad del predio ó predios censidos (Sent. 10 Diciembre 1858).

Cuando la escritura haya desaparecido, ó no se encuentre, puede acreditarse la existencia del censo por otro medio legítimo de justificacion (Sents. 9 Marzo 1861, 9 Abril 1864, 26 Febrero 1867 y 5 Diciembre 1868).

Si bien con arreglo á las leyes de Partida el censo enfitéutico ha de formalizarse por escritura pública, ninguna ley se opone á que se pruebe su existencia por la posesion inmemorial que, segun las leyes y la doctrina legal, equivale á título (Sent. 9 Julio 1868).

Aun cuando unos poderes no sean bastantes para la celebracion de un contrato enfitéutico, el hecho de percibir el poderdante la pension estipulada durante diez y seis años, envuelve una ratificacion que demuestra cumplidamente su voluntad de ratificar dicho contrato (Sentencia 30 Mayo 1862).

Puede probarse la existencia de los censos perpetuos sin escritura pública, aunque para su constitucion es necesario otorgarla segun las leyes 3.ª, tít. XIV, Partida 1.ª, y 28, tít. VIII de la 5.ª (Sent. 9 Marzo 1861).

Cuando consta la existencia de un censo por existir escritura de fundacion, no hay necesidad de apelar á la prueba inmemorial para acreditar dicha existencia (Sent. 19 Febrero 1866).

No puede afectar á la validez de la escritura de fundacion de un censo la falta de su primera hoja, si contiene toda la parte dispositiva y está revestida de todos los requisitos y solemnidades necesarios para ser calificada de subsistente y eficaz, mucho más si contra ella no se ha intentado siquiera prueba de falsedad (Sent. 19 Febrero 1866).

La ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª, dispone únicamente que el contrato enfitéutico ha de hacerse á placer de las partes contratantes y por escrito (Sent. 30 Marzo 1862).

El pago de la pension de un censo, verificado por el poseedor de las fincas durante más de treinta años, en virtud de error, cualquiera que sea su orígen, no basta á dar por probada la existencia de otro censo enfitéutico distinto, cuya constitucion no consta en la forma y por los medios que el derecho requiere (Sent. 9 Julio 1868).

COMENTARIO

E deuese fazer por carta de escribano público, ó del señor que lo da...

Esto no obsta para que la existencia del censo pueda justificarse por cualquier otro medio de prueba, segun ha declarado el Tribunal Supremo en repetidísimos fallos.

Téngase presente que, con arreglo á la ley Hipotecaria (Arts. 2.°, 23 y 25), la escritura pública de constitucion de censo deberá inscribirse en el Registro de la propiedad, pues de lo contrario no producirá efecto contra terceros.

Artículo 1603.—Es válido y debe ser cumplido todo pacto que se otorgare entre censualista y censatario, no siendo contrario á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Sentencia 28 Diciembre 1878.

COMENTARIO

Este precepto lo repiten las leyes en todos los contratos. «Otrosi, dice la ley, deuen ser guardadas todas las conveniencias que fueren escritas é puestas en él.»

Artículo 1604.—Ademas del dominio directo que el censualista se reserva y de la pension anual que ha de pagarle el censatario, tiene aquel derecho:

1.° A apoderarse de la finca si el censatario que hubiere dejado de pagar la pension durante tres años, siendo el censualista un particular, ó dos años si lo fuere la Iglesia, dejare trascurrir diez dias más sin efectuar el pago.

2.° A ser preferido por el tanto cuando el censatario enajene la finca, ó para retraerla en el modo y forma que se dispone en el art. 1530 y demas concordantes de la Seccion segunda, cap. VIII, lib. III de este Código.

3.° A percibir, cuando el censatario enajene la finca, el dos por ciento del precio de la venta, que deberá satisfacer el adquirente.

ORÍGENES

Leyes 28 y 29, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 12, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.
Arts. 7.° y 8.°, Ley de Señoríos de 3 Mayo de 1823.

JURISPRUDENCIA

No tendrá lugar la pena de comiso cuando el enfitéuta hubiere tenido justa causa para no pagar el cánon, y alegándola quede á la apreciacion de la Sala sentenciadora la decision de la contienda y si dicha pena es ó no aplicable (Sent. 29 Abril 1863).

La ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª, que fija en dos por ciento el derecho de laudemio, no puede tener aplicacion á los censos impuestos sobre casas y solares de Madrid, sinó con las modificaciones que establece el art. 16 de la ley 12, título XV, lib. X, Nov. Rec., que al fijar igualmente el laudemio en dos por ciento como dicha ley de Partida, dejó á salvo los derechos estipulados con anterioridad al 5 de Abril de 1770 (Sent. 30 Mayo 1864).

La ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª, relativa al censo enfitéutico, no es aplicable cuando el mismo recurrente sienta que no pertenece á dicha clase el contrato cuyo cumplimiento reclama (Sent. 19 Mayo 1866.)

En el art. 7.° de la ley de 23 de Mayo de 1823 se dispone que en los enfitéusis que hayan de subsistir no ha de exceder la cuota que se pague por laudemio de la cincuentena, ó sea del dos por ciento del valor líquido de la finca que se enajena, *con arreglo á las leyes del reino*; no estando obligados los poseedores del dominio útil á satisfacer mayor cantidad, cualesquiera que sean los usos ó establecimientos en contrario (Sent. 30 Diciembre 1862.)

Por el art. 8.° de dicha ley se exceptúan de esta disposicion los casos en que en los mismos contratos se haya estipulado lo que debe satisfacerse por reconocimiento del dominio directo, ó por laudemio en los enfitéusis puramente alodiales (Sent. id. id).

Esta excepcion, por tanto, no tiene lugar cuando nada se pacta respecto á la cuota que debe pagarse por aquel motivo (Sent. id. id.)

El derecho de percibir laudemio nunca ha denotado señorío jurisdiccional y vasallaje, sinó que pertenece al preceptor el dominio directo de la finca vendida, dominio que las leyes de señoríos han dejado subsistir cuando se apoya en un contrato particular, por más que éste haya sido celebrado entre el señor y los vasallos (Sent. 7 Marzo 1866.)

Si bien el art. 7.° de la ley de 1823 fija la cuota del laudemio, en los enfitéusis de señorío que deban subsistir, en el dos por ciento del valor de la finca vendida, por el 8.°, se respetan los contratos existentes, con tal que el dominio en virtud del cual se cobra sea puramente alodial (Sents. id., id. y 30 Noviembre 1868.)

La pena de comiso, establecida por la ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª, para el enfitéuta que retuvo las pensiones por más de tres años, debe entenderse siempre que éste no haya tenido justa causa para ello: pues si tal causa se alega, es doctrina legal, apoyada en lo que para semejantes casos dispone la ley 3.ª, tít. XIV, Partida 1.ª, admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, que queda al arbitrio judicial la decision de la contienda, y si es ó no aplicable dicha pena (Sents. 29 Abril 1868 y 25 Febrero 1870.)

El laudemio se adeuda desde luégo que se perfecciona el contrato de venta, sin que los derechos de los dóminos puedan ser menoscabados por los pactos particulares de los contrayentes, acerca del modo y tiempo de realizar el pago del precio convenido (Sent. 30 Noviembre 1868.)

Cuando se demuestra que el dueño del censo es desconocido, no puede el pagador incurrir en la pena de comiso por no satisfacer las pensiones en cuatro años (Sent. 12 Junio 1871).

Las leyes 29, tít. VIII, Partida 5.ª, y 22, título XV, lib. X, Nov. Rec., no tienen aplicacion cuando el juicio ha versado, no sobre si la cuota del laudemio ha de ser mayor ó menor, sinó sobre la existencia en totalidad de dicho laudemio (Sent. 6 Octubre 1874).

La Sala sentenciadora, al condenar *solidariamente* al vendedor y compradores al pago del laudemio, infringe el principio de derecho, segun el cual *á nadie puede imponérsele una obligacion que no nazca de la ley ó de pacto libremente celebrado*, porque la obligacion solidaria no está establecida por la ley para este caso (Sent. 15 Febrero 1877).

COMENTARIO

Los dos primeros derechos que tiene el censualista ó señor del directo dominio, son: 1.°, el dominio directo sobre la finca; y 2.°, el de percibir la pension ó renta anual.

Al enfitéuta se le concede el aprovechamiento de la finca con una condicion, de la cual depende todo su derecho; esta condicion es la del pago de la pension ó cánon anual; de aquí que si dejara trascurrir tres años sin satisfacerle siendo señor directo un particular, ó dos años si lo fuese la Iglesia, *dende en adelante los señores della* (la finca) *sin mandado del juez la pueden tomar*. La doctrina, pues, de la ley es que, trascurrido aquel término y diez días más sin satisfacerse la pension, se entiende caducado el censo *ipso facto*, sin necesidad de reclamacion judicial de ninguna especie. Pero la práctica seguida es contraria á este precepto, y siempre se ha creído oportuno acudir á la autoridad judicial para que se haga la declaracion de comiso: así lo exigía, por otra parte, el sosiego público. Ademas, segun hace constar Febrero (núm. 3,209), el comiso, como pena desproporcionada á la morosidad de la paga de la pension, se tiene por injusto, y por lo mismo no está en uso. En Navarra, donde tambien tiene el dueño derecho de comiso, no se observa, y en su lugar el dueño reclama el principal, los réditos atrasados y las costas.

¿Puede pactarse que la finca no incurre en comiso por el no pago durante el tiempo fijado de las pensiones? En nuestro sentir, como es un derecho que el señor tiene, y un medio de apremiar al enfitéuta á que haga el pago, tenemos por renunciable esta facultad.

De los derechos de tanteo y retracto nos hemos ocupado oportunamente, por lo cual no hemos de repetir aquí la doctrina de nuestras leyes acerca de los mismos.

En cuanto al derecho conocido bajo las denominaciones de *laudemio y luismo*, ó sea el tanto por ciento que ha de abonar el adquirente de una finca acensuada á quien se les trasmite el enfitéuta, se ha considerado por los autores como lo más odioso é irritante que lleva consigo el censo.

El laudemio ó luismo ha de consistir en el dos por ciento, advirtiéndose que en los enfitéusis señoriales no podrá exceder de dicho tanto por ciento, áun cuando se hubiera pactado otra cosa, y que en los existentes á la publicacion de la ley de 3 de Mayo de 1823 deberá entenderse reducido al mismo dos por ciento, áun cuando por pacto se viniere cobrando otro mayor. En los enfitéusis alodiales constituídos despues del 5 de Abril de 1779, tampoco podrá el laudemio exceder del dos por ciento; pero se tendrá presente que, con arreglo al art. 16 de la ley 12, tít. XV, lib. X, Nov. Rec., quedó á salvo el derecho que puedan tener los dueños del di-

recto dominio para la cobranza del laudemio en mayor cantidad de la cincuentena, respecto á aquellas ventas judiciales otorgadas con anterioridad á esta providencia, en que sólo falte la formalidad de la extension de la escritura de venta y estén las partes perfectamente convenidas. (Véase la jurisprudencia.)

Artículo 1605.—En el caso del núm. 3.° del artículo anterior, si en la enajenacion no hubiere mediado precio, el dos por ciento se regulará por el valor de la finca en la época en que se enajenare.

ORÍGENES

Ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª

Artículo 1606.—El derecho que el núm. 2.° del art. 1604 concede al dueño directo á ser preferido por el tanto, cuando el censatario enajene la finca, cesa si habiendo sido requerido el censualista por su renuncia expresa ó si dejare trascurrir dos meses sin hacer uso de su derecho.

ORÍGENES

Ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª, no tiene aplicacion al litigio en que no se trate de la preferencia que tiene el señor del dominio directo en la venta de la cosa censida, ni de la nulidad de la hecha por el censatario, y sí solo del ejercicio del derecho real sobre la finca especialmente hipotecada á la seguridad de una pension foral (Sent. 19 Setiembre 1862).

Con arreglo á derecho, todo enfitéuta está obligado á dar conocimiento al señor del dominio directo de la venta que intenta hacer de la finca acensuada, por si quiere adquirirla por el tanto (Sent. 18 Noviembre 1864).

COMENTARIO

El derecho de tanteo que, segun hemos visto, tiene el señor del directo dominio cuando el enfitéuta enajena la finca ó mejor dicho el dominio útil de la finca, lleva consigo otras obligaciones por parte del censatario. Así, pues aunque está facultado para enajenarla, «ante que la venda deuelo fazer saber al señor como la quiere vender é quanto es lo quel dan por ella. E si el dueño le quisiere dar tanto por ella como el otro, estonce la deue vender ante á él que á otro. Mas si el señor dixesse que le non queria dar tanto, ó lo callasse fasta dos meses, que le non dixesse si lo quiere fazer é non; dende adelante puedela vender á quien quisiere; é non le puede embargar aquel que gela dió á censo que lo non faga.» Así, pues, el censatario cumple con avisar al censualista, y si éste deja trascurrir dos meses sin contestar si acepta ó no la finca por el tanto, puede venderla libremente, lo cual no obsta para que despues de celebrada la venta, y en el término de nueve días, pueda deshacerla por virtud de su derecho de retracto, como decimos en otro lugar.

Artículo 1607.—El enfitéuta no podrá enajenar la finca sinó cuando el censualista, requerido por aquél para que haga uso del derecho de tanteo que le concede el núm. 2.° del art. 1604, manifiesta que no quiere ejercitarlo, ó deja trascurrir sin hacer esta manifestacion el término que señala el artículo anterior.

La finca solamente podrá ser enajenada, previo siempre el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo precedente, á persona de quien con igual facilidad pueda obtenerse la pension anual.

El enfitéuta que faltare á lo prevenido en este artículo incurrirá en el comiso de la finca acensuada.

ORÍGENES

Leyes 28 y 29, tít. VIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cualesquiera que sean los nombres que los otorgantes dieran al contrato consignado en una escritura pública, se constituye en un verdadero censo enfitéutico cuando en él se establecen todas las condiciones que distinguen y determinan esta clase de contratos; y en tal concepto son aplicables al mismo las leyes 28 y 29, tít. VIII, Partida 5.ª, que establecen cae la finca en comiso, entre otros casos, cuando se ha vendido la cosa sin dar noticia al señor del domi-

nio directo que ejercite el derecho de prelacion y laudemio, «é que deben ser guardadas todas las conveniencias que fueren escritas y puestas en él» (Sent. 28 Diciembre 1878).

Si una de las que se impusieron á los enfitéutas fué que ni ellos ni los que les sucediesen podrían vender, cambiar, subaforar ni enajenar de modo alguno los referidos bienes sin consentimiento del otorgante, y no obstante esta condicion los foreros vendieron un trozo de terreno que se les dió en censo y otro de igual procedencia sin consentimiento del censualista, en este concepto la sentencia, al absolver de la demanda que aquel interpone pidiendo la nulidad de la venta y comiso de la finca, infringe las citadas leyes 28 y 29, tít. VIII, Partida 5.ª (Sent. id: id.).

COMENTARIO

En la primera parte de este artículo se confirma la doctrina que dejamos consignada en el anterior y en el 1604.

El segundo párrafo refleja estas palabras de la ley: «Pero deuela vender á tal ome, de quien pueda el señor auer el censo (es decir, la pension) tan ligero como del mismo. Mas á otras personas de que non podiesse auer tan ligeramente el censo, non la puede vender nin empeñar, assi como á orden ó otro ome más poderoso que él; que estonce no valdría, é perdería por ende el derecho que auia en ella.»

Artículo 1608.—Ademas del dominio útil que se confiere al enfiténta ó censatario por el art. 1601, tiene derecho:

1.° A enajenar la finca sin más limitaciones que las consignadas en los artículos anteriores (*a*).

2.° A empeñarla, sin conocimiento del señor, á persona de quien con igual facilidad pueda obtenerse la pension anual (*a*).

3.° A ser preferido por el tanto, cuando se enajene el dominio directo y á retraerla despues de vendida en la misma forma y bajo las mismas condiciones que el censualista en su caso (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 29, tít. VIII, Partida 5.ª
(*b*) Ley 12, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.
Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, Nov. Rec. (74 de Toro.
Art. 7.°, Ley de Señoríos de 3 Mayo 1823.

COMENTARIO

El enfitéuta ó censatario tiene en primer término el derecho sobre el dominio útil de la finca; en esto precisamente consiste el censo; esto es lo que le caracteriza. Los demas derechos y obligaciones son, si no de menor importancia, al ménos no tan esenciales en este contrato.

En virtud, pues, de dominio directo tiene la facultad de labrar la tierra haciendo en ella cuantas modificaciones creyere oportunas, recoger sus frutos y disponer de este dominio por donacion, por venta, por última voluntad y empeñando la cosa misma.

Los demas derechos que se enumeran en el artículo que comentamos quedan explicados en los artículos anteriores.

Sobre la facultad de vender ya hemos dicho qué limitaciones se deben observar. Respecto al tanteo y retraeto, en otro lugar los hemos estudiado con la extension posible. La ley de 1823 declaró que el derecho de tanteo será recíproco para los poseedores del dominio útil y del directo, de manera que se completa la materia estableciendo las mismas reglas para el derecho del censualista que del censatario.

Por último, en cuanto á la facultad de empeñar la cosa, sólo podrá hacerlo á persona de las mismas condiciones que dijimos respecto de á quién puede ser vendida.

El enfitéuta, como que percibe las utilidades de la finca, debe satisfacer las contribuciones y cualesquiera otras cargas que no graven, por expresa voluntad de la ley, sobre el dominio directo.

Artículo 1609.—El pacto ó condicion de que si el censatario dejara de pagar ciertos plazos de venta ó pension se entienda que la finca ha caído en comiso, debe ser cumplido, cualquiera que sea la cantidad adeudada por el enfitéuta.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (68 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 68 de Toro se refiere á los censos enfitéuticos y reservativos, pero no tiene aplicacion en los consignativos; porque siendo en

éstos ordinariamente mayor el valor de la cosa censida que el precio consignado por el censualista, se daría á éste el derecho de adquirir una finca sin haber pagado su justo precio, en daño del censatario, el que al redimir el censo había cumplido con devolver la cantidad consignada (Sents. 29 Diciembre 1864 y 9 Febrero 1871).

COMENTARIO

«Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion que si no pagare á ciertos plazos que caya la eredad en comiso, que se guarde el contrato y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande y más de la mitad.» Tal es la ley. La principal duda á que ha dado lugar esta ley ha sido saber á qué clase de censo hace referencia, puesto que usa de la palabra *censo* sin distinguir de qué naturaleza sea éste.

Omitimos los razonamientos en que los autores han fundado sus diversas opiniones, pues sería esto ocioso, una vez que el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestion de una manera terminante, en el sentido de que esta ley se refiere á los censos enfitéuticos y reservativos, pero de ningun modo á los consignativos, por las razones que expresa (Véase la jurisprudencia).

Debemos hacer notar, por último, segun expresan Olano, Alvarez, Velasco, Mejía y Gutierrez, que este pacto carece de fuerza en la práctica. Covarrubias dice que en su tiempo se aplicaba solamente al censo reservativo irredimible. Mas el Tribunal Supremo ha reconocido su validez y eficacia.

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS AL CENSO RESERVATIVO

Artículo 1610.—En el censo reservativo no tiene lugar el comiso de la finca censida, á no haberse pactado preventivamente.

El pacto de comiso deberá cumplirse, cualquiera que sea la cantidad adeudada por el censatario.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (68 de Toro).

JURISPRUDENCIA

En el censo reservativo no tiene lugar el comiso de la cosa gravada si no se ha pactado preventivamente, á diferencia del enfitéutico, en el cual dicha pena es condicion natural, por más que no se haya estipulado (Sent. 29 Diciembre 1864).

Véase la jurisprudencia del artículo anterior.

COMENTARIO

Nuestra legislacion es diminuta en materia de censos reservativos. Así, pues, tratándose de ellos, hay que seguir sus analogías con los otros censos y la doctrina que corre admitida por los autores y por los Tribunales.

Suele definirse el censo reservativo como el derecho que tenemos de exigir de otro cierta pension anual, por haberle trasferido el dominio directo y útil de alguna cosa raiz, ó más bien al contrato en que se constituye este derecho en favor del censualista y todos los que lleva consigo el dominio directo y útil en favor del censatario.

Se diferencia, pues, del censo enfitéutico en que en el reservativo se trasfieren ambos dominios, así como en aquél únicamente el útil.

Otras diferencias pueden señalarse ademas, como son que en el reservativo, ni existe el derecho de fadiga, ni tanteo, ni el pago del laudemio, ni la pena de comiso, á no haberse pactado de una manera expresa.

Resumiendo la doctrina de los autores respecto al censo reservativo, podemos decir:

1.º Que el censatario tiene el dominio útil y el directo.

2.º Que puede enajenar la finca sin las limitaciones que el enfitéuta.

3.º Que ni paga laudemio, ni incurre en comiso, á no pactarse.

En cuanto á los modos de extinguirse este censo, los estudiaremos oportunamente.

Sobre el pacto de comiso, véase lo que decimos en el artículo precedente.

CAPITULO III

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS AL CENSO CONSIGNATARIO

Artículo 1611.—El censatario debe manifestar al censualista todas las cargas á que esté afecta la finca censida, bajo pena de restituírle la cantidad consignada y su duplo.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El censo consignativo es el derecho de cobrar una pension de cierto capital impuesto sobre determinada finca, inmueble y fructífera.

Puede constituírse por contrato y por última voluntad.

El censo consignativo ha sido considerado por algunos como una especie de hipoteca, aunque algo irregular. Así lo creen Medina, Covarrubias, Solís, etc. Por el contrario, otros consideran este censo como una servidumbre real, tales como Avendaño, Molina, Sala, etc.

Sin embargo, no es ni hipoteca ni servidumbre, por más que con la hipoteca tenga alguna semejanza, toda vez que el censualista entrega al censatario una cantidad, al pago de cuyos intereses (pension), y á su restitucion en su caso, queda afecta la finca sobre que se constituye.

Los autores señalan diversas diferencias entre el censo consignativo y la hipoteca.

En cuanto á la prescripcion, dicen, la hipoteca prescribe á los veinte años; el censo á los treinta.

Gutierrez señala las siguientes diferencias: 1.ª, el censualista puede pedir desde luégo de cualquier poseedor las pensiones que se le adeuden, en tanto que en la hipoteca ha de hacerse excusion en los bienes del deudor ántes de dirigirse contra el poseedor de la finca hipotecada: 2.ª, impuesto el censo á la vez sobre dos ó más predios que despues se dividieron entre varios poseedores, cada uno ha de ser reconvenido en la parte prorateada, y no por el todo, cosa que no sucede en la hipoteca, cuya accion, por ser indivisible, puede dirigirse contra cualquiera de ellos en el todo.

En cuanto á la doctrina de este artículo, es de dudosa observancia, pues no perjudicando al censualista otros gravámenes que los que hubiere inscrito, cesa la obligacion del censatario, ni hay motivo para la rescision del contrato. En cuanto al duplo, estas penas no están en uso.

Artículo 1612.—Para la constitucion de censo consignativo no es preciso que medie de presente la entrega del dinero.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1583).

COMENTARIO

El *Proprio motu* de San Pio V, publicado en Roma en 19 de Enero de 1569, disponía, entre otras cosas referentes á los censos consignativos, que éstos habian de constituírse mediando entre de presente de la cantidad ó dinero que se consigne. Muchos jurisconsultos notables creyeron que este precepto era obligatorio en España, dejando que esta creencia se generalizase bastante, hasta que en 1583 se declaró de

dicho *Proprio motu* «sobre que los censos se impongan y sienten con dineros de presente, no está recibido en estos Reynos, ántes se ha suplicado de él por el Fiscal del Consejo, donde se ha hecho justicia en los casos que se han ofrecido, y se hará adelante, y con Su Santidad, la instancia que pareciere necesaria.»

Artículo 1613.—La renta ó pension anual que en los censos consignativos debe pagar el censatario, no podrá satisfacerse más que en dinero metálico (*a*), salvo costumbre en contrario (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 3.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1534, 1537 y 1539).
(*b*) Leyes 9.ª, 22 y 24, tít. XV, lib. X, Novísima Rec. (1750, 1801 y 1805).

COMENTARIO

Dos cuestiones de alguna importancia han llamado poderosamente la atencion de los intérpretes: 1.ª ¿Puede constituírse el censo en especie? 2.ª ¿Puede pagarse la pension en especie?

Respecto á la primera de las preguntas, Avendaño sostiene que puede constituírse en especie, con tal de que su tasacion sea justa, y se funda: 1.º En que la palabra *dinero* es latísima y comprende tambien las especies. 2.º Que por precio se entiende todo lo que se entrega en equivalencia de una cosa, aunque no consista en dinero contado. 3.º Que segun algunos textos romanos que cita, la compra-venta subsiste áun cuando el precio se pague en especies, con tal que se fije su cantidad y valor. 4.º Que con tal que el precio sea justo, es indiferente que se entregue en dinero ó en otras especies. 5.º Que en materia de censos, como lo que se busca es la justicia, se atiende á la cantidad, y no á la calidad. 6.º En que de la misma opinion son Salazar, Navarro, Lopez, etc.

Los partidarios de la opinion contraria alegan, segun expresa Gutierrez: 1.º Que siendo el precio una verdadera compra-venta, el precio ha de consistir en dinero, por ser de esencia en este contrato. 2.º Que así está mandado por decretos pontificios (Extravagantes de Martino V, de Calixto III y de San Pio V). 3.º Que los tres Pontífices no se limitan á declarar que el censo se constituya en dinero (*pecunia*), bajo cuya apelacion podría comprenderse cualquiera especie, sinó que califican dinero contado (*numerata pecunia*). 4.º Que tendria lugar en este caso una de las conjeturas propuestas por los prácticos, y reunidas por José Luis en el número de los contratos simulados, á saber: que se presume simulada la venta cuando el comprador dió, en lugar de dinero, vestidos ú otras cosas. 5.º El texto expreso de la ley 8.ª, título XV, lib. V, Rec. (6.ª, dicho título, lib. X, Nov. Rec.), que hablando de la *constitucion* del censo (1) dice: *Y que el dinero capital y suerte principal con que se hubiere de comprar y comprare el dicho censo, no se pueda dar todo, ni parte alguna dél en plata labrada, ni en oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas, ni joyas estimadas, sinó que todo el dinero de la dicha suerte principal se ha de pagar y se pague y cuente al principio todo el dinero de contado, sin intervenir otra cosa que non sea dinero de contado ni estimacion alguna della*; que de esta opinion participan Rebufo, Albornoz y Feliciano, el cual, en el lib. 1.º *De cens.*, cap. IV, núm. 10, en el vers. *ex quo subinde infertur*, añade: *Et apud nos in supremo Regio consilio quotidie rescinduntur tales contractus*; cuyas palabras hacen relacion á la naturaleza del precio, pues si el defecto consistiera en ser usurarios, no se rescindirían, sinó que serían declarados nulos. 6.º Que el hecho de haberse fijado el tipo de catorce por uno supone que ha de intervenir una especie que tiene valor individuo (*individuum*), como dinero, no las demas cosas que tienen valor natural, pero no legal,» etc.

En cuanto á la segunda de las cuestiones, esto es, si puede la pension satisfacerse en especie, la ley sienta como general que no pueda pactarse el pago de la renta anual más que en dinero contado; pero otras leyes respetan la costumbre en contrario en los lugares en que exista.

Hoy es doctrina admitida que pueden constituírse en especie, pues esta costumbre se ha generalizado, y áun parece que los Tribunales han admitido el uso constante (Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1860).

Artículo 1614.—La renta ó pension anual

(1) Adviértase que esta ley se refiere al censo vitalicio.

á que se refiere el artículo anterior no podrá exceder del tres por ciento del capital consignado.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1573, 1574, 1580).
Ley 8.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1705).
Ley 9.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1750).

JURISPRUDENCIA

La ley 8.ª, tít. XV, lib. X, Nov Rec., que tuvo por objeto reducir los réditos de los censos al quitar, del cinco al tres por ciento al año, sólo establece que en adelante no se puedan imponer ni constituir censos de esta clase á ménos precio que de 33.000 y un tercio de millar, reduciéndose á esta tasa los fundados hasta entónces (Sent. 29 Octubre 1864).

COMENTARIO

La proporcion entre el capital consignado y la pension ó renta anual que deba abonar el censatario ha variado segun las épocas, en atencion al diferente precio del dinero y al diverso interes que producía y se tenía por legal. Las leyes citadas ordenaron que los censos al quitar, ó sea los redimibles, pagasen la pension á razon del tres por ciento, áun cuando se paguen en especie, advirtiéndose que por la ley 5.ª todos quedaron en la condicion de redimibles.

Puede discutirse, sin embargo, si la tasa á que se refiere este artículo está vigente, puesto que habiéndose dictado la Real Cédula de 1818 por la que se estableció la *plena libertad*,—éstas son sus palabras,—de celebrar contratos censuales, derogando despues todas las reales resoluciones que directa ó indirectamente pueden ofrecer dudas ú obstáculos á esta completa libertad, parece que, literal y rectamente interpretada, esta Real Cédula derogó todas las disposiciones sobre la tasa, como contrarias á aquella *plena libertad*. Así lo entiende Herrero, quien por su parte añade que la ley de 1856, que abolió la tasa de interes, no puede ménos de ser derogatoria de aquellas disposiciones, pues de su espíritu se deduce claramente el propósito de restituir á la contratacion su natural y completa libertad.

Como no todos los autores participan de esta opinion, ni esta interpretacion es irrebatible, hemos conceptuado más oportuno consignar en el artículo la doctrina de aquellas leyes.

Artículo 1615.—La constitucion de censos consignativos es completamente libre, siempre que se observen las reglas siguientes:

1.ª Cualquiera puede consignar dinero á censo redimible, con tal que sea dueño de dicho dinero y no esté obligado á hacer de él imposicion forzosa.

2.ª En las escrituras que se otorguen se podrán poner los pactos y condiciones que se tengan por convenientes, así en cuanto á los plazos en que haya de hacerse la redencion del capital, como en las especies de moneda de pago de éste y sus intereses, no excediendo del tres por ciento que permiten las leyes.

3.ª Los pactos y condiciones de la escritura de imposicion se cumplirán fielmente, ora sean los otorgantes particulares ó comunidades.

4.ª Los escribanos podrán autorizar libremente las escrituras de imposicion de censos, ateniéndose á las reglas especiales de la legislacion del notariado.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1804).
Real Cédula 3 Agosto 1818.

COMENTARIO

La Real Cédula de 1818, sobre cuya inteligencia están disconformes los autores, pues en tanto que unos la suponen derogatoria de la ley 24, tít. 15, lib. X, Nov. Rec., otros la entienden implemente declaratoria de la libre facultad de constituir censos de esta especie, dice en su parte dispositiva: «Derogo y hé por derogada la Cédula expedida en 17 de Enero de 1805, dejando á las corporaciones, así eclesiásticas como seculares y vasallos particulares, en la debida plena libertad de celebrar sus contratos censuales y poner en ellos las condiciones y cláusulas que á bien tengan, y exigir su puntual cumplimiento.»

La ley 23, ya citada, establece las reglas á que ha de sujetarse la imposicion de censos, reglas que se consideran vigentes por no ser opuestas á la libertad de contratacion que establece la Cédula de 1818.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES COMUNES Á LOS TRES CAPÍTULOS ANTERIORES [1]

Artículo 1616.—Los laudemios, así como las pensiones y cualesquiera otras prestaciones anuales de dinero ó frutos que deban subsistir en las enfitéusis, sean de señorío ó alodiales, se podrán redimir como cualesquiera censos perpetuos bajo las reglas del artículo siguiente, pero con la circunstancia de que la redencion se podrá ejecutar por terceras partes, á voluntad del enfitéuta, y que se ha de hacer en dinero ó como concierten entre sí los interesados, entregándose al dueño el capital redimido, ó dejándole á su libre disposicion.

ORÍGENES

Art. 9.°, ley 3 Mayo 1823 (*Señoríos*).

JURISPRUDENCIA

La redencion de un censo no puede confundirse con un contrato de venta (Sent. 30 Junio 1866).

Es doctrina legal, sancionada por la jurisprudencia de los Tribunales, que el censualista carece de derecho para reclamar del censatario el capital impuesto en la finca acensuada, ni para compelerle á su redencion, áun por falta de cumplimiento en el pago de pensiones (Sentencia 11 Noviembre 1864).

COMENTARIO

En artículos anteriores hemos visto alguno de los medios por que los censos pueden terminar, tal como la falta del abono de la pension durante tres años en los enfitéusis; mas ahora vamos á estudiar uno que es comun en todos los censos, de cualquier clase y naturaleza que sean. Nos referimos á la redencion.

No hemos de ocuparnos, porque lo estimamos inútil, de la cuestion, tan debatida por los autores, de si despues de la Real Cédula de 3 de Agosto de 1818, que derogó la de 17 de Enero de 1805, ó sea la ley 24, tít. XV, lib. X de la Nov. Rec., es ó no posible la existencia de cen-

(1) JURISPRUDENCIA.—No es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales la que consigna la imprescriptibilidad de los censos (Sentencias 24 Enero 1863 y 9 Marzo 1863).

El censatario puede librarse del gravámen del censo y de la obligacion de reconocerlo y de reconocer sus réditos, sea reservativo ó consignativo, dimitiendo la cosa censida á favor del censualista (Sentencia 20 Enero 1859).

La falta de reconocimiento de un censo y la resistencia de pago de las pensiones, hecha por el padre del censatario, menor de edad, por suponer, con error, que no pertenecía á éste la cosa censida, no equivale á la dimision espontánea que con pleno conocimiento de causa hace el censatario, y no deben ni legalmente pueden perjudicar los derechos é intereses del menor (Sent. 29 Diciembre 1864).

Aunque la indivisibilidad de los censos es una cualidad inhererente á esta clase de derechos reales, ninguna disposicion legal prohibe que pueda modificarse por el mutuo consentimiento del censualista y censatario (Sent. 9 Julio 1868).

Si dividido un censo trascurren más de treinta años sin que el censualista haya reclamado una de las dos partes de la pension, ha prescrito, en cuanto á ella, la accion real hipotecaria (Sent. 4 Octubre 1864).

Es lícito el pacto de no poder enajenar la finca acensuada sin redimir el censo, ó en otro caso sin licencia del dueño de éste y con la carga de él (Sentencia 29 Octubre 1864).

La doctrina legal de que los pactos añadidos al contrato censual que infieren gravámen al censatario, se tienen por no puestos, se refieren á los pactos sobre rebaja de precio ó aumento de la pension; pero de ninguna manera á todos aquellos que tienen por objeto garantizar el pago de las pensiones (Sent. 9 Abril 1864).

El dudar de la legitimidad de un censo despues de haber pasado siglo y medio de su constitucion, y el negar á los que le impusieron el derecho de hacerlo, es contrario al ejercicio de un dominio legítimo, fundado en la posesion inmemorial (Sent. 26 Febrero 1867).

sos que no sean redimibles, como han pretendido algunos. La ley 5.ª del mismo título y libro declaró que todos los censos habían de tener la consideracion de redimibles; mas áun cuando se quiera suponer que la citada Real Cédula de 1818, al establecer la libertad para otorgar los contratos censuales, dió autorizacion para que se otorgasen con la cláusula de irredimibles, lo cierto es que despues de la ley de 3 de Mayo de 1823 no hay censos que no sean redimibles, y puesto que despues de hablar de las enfitéusis, tanto de señorío como *alodiales*, dice que se puedan redimir *cualquiera censos perpetuos* con arreglo á la ley 24 citada, que ha vuelto á adquirir vigor despues de haber sido derogada por la Real Cédula de 1818. Parécenos que basta leer el artículo para convencerse de que todos los censos son hoy redimibles; pues como hace observar La Serna, la objecion de que la ley se refiere á los censos y enfitéusis de señorío, y que todas sus disposiciones son aclaratorias del decreto de las Córtes de 6 de Agosto de 1811, no es concluyente, pues basta fijar la vista sobre las palabras *alodiales* y *perpetuos* empleadas por la ley, para comprender la debilidad de aquella argumentacion. (Véase Sent. 26 Setiembre 1860).

La redencion puede hacerse por terceras partes y con sujecion á lo que se prescribe en el artículo siguiente.

Artículo 1617.—La redencion de censos y demas derechos señoriales á que se refiere el artículo anterior, podrá verificarse bajo las reglas siguientes:

1.ª Las redenciones de los censos al quitar, perpetuos y demas cargas en que su dueño no tenga más derecho que á percibir el tributo ó pension en los plazos estipulados, se harán por el capital que resulte de las escrituras de imposicion.

2.ª Cuando en ésta no se expresare, se formará con arreglo á la práctica que rija en cada pueblo por ley, estatuto, ordenanza ó costumbre generalmente recibida, procediéndose, en caso de no haberla en el pueblo, por la que gobernase en la cabeza del partido, y en su defecto por la de la capital de la provincia ó reino.

3.ª En las redenciones de los censos enfitéuticos en que el poseedor de la finca sólo tenga el dominio útil, correspondiendo el directo al dueño de la carga, se tendrá presente, en primer lugar, si los poseedores de ambos dominios hubiesen estipulado la estimacion que deba darse al capital del cánon y al de los demas derechos dominicales conocidos en las provincias con los respectivos nombres de licencia, fadiga, tanteo, laudemio, luismo, comiso, ó cualquiera otro, ó convenido entre sí las reglas por las cuales deba procederse á la estimacion referida, y en tal caso se observarán puntualmente estos convenios.

4.ª Si no hubiere tales pactos, se formarán los capitales por el valor que en cada pueblo, partido ó provincia se dé por la misma ley, estatuto ó práctica al cánon enfitéutico y á los derechos expresados.

5.ª Finalmente, á falta de convenios particulares y de práctica constante, se procederá á la redencion, consignando por el cánon un capital regulado, á razon de uno y medio por ciento, ó sesenta y seis y dos tercios el millar, y por derecho de laudemio, en que van considerados todos los dominicales, la cantidad que en el espacio de veinticinco años sea capaz de redituar al tres por ciento, otra igual al importe de una cincuentena (dos por ciento) del valor de la finca, rebajadas las cargas á que esté sujeta, ó, lo que es lo mismo, dos y dos tercios por ciento de su precio líquido.

6.ª Cuando los réditos, tributos ó pensiones de las cargas que se redimieren se pagaren ó cumplieren en granos ú otra especie que no sea dinero, se formará el capital por el valor que hayan tenido los respectivos frutos en un año comun del quinquenio anterior á la redencion, excluyendo los extraordinariamente estériles, como los dos últimos.

ORÍGENES

Arts. 4.°, 5.°, 6.°, 7.°, 8.° y 12, ley 24, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (Real Cédula 17 Enero 1805).

JURISPRUDENCIA

La indemnizacion por redencion de un censo debe ser completa, segun las leyes 32 y 36, títu-

lo V, Partida 5.ª, es decir, que debe ser comprensiva del capital y de los intereses vencidos y no satisfechos (Sent. 18 Abril 1863).

El traspaso de un censo no significa redencion absoluta y extincion del mismo, porque esto no puede verificarse sin la intervencion y mutuo acuerdo del censualista y del censatario (Sent. 3 Febrero 1871).

COMENTARIO

La regla general, tratándose de la redencion de censos, es cumplir con los pactos y condiciones que se unieron á la escritura de su constitucion. Lo convenido por las partes en aquel tiempo ó á la época en que la redencion se hace, deberá guardarse y cumplirse preferentemente. Sólo á falta de convenios particulares se acudirá á lo que fuere práctica constante, y faltando tambien ésta, á lo que se previene en el párrafo 5.º de este artículo.

Para hacer más comprensible la regla consignada en dicho párrafo, copiamos el ejemplo que el Sr. Gutierrez coloca en sus *Estudios fundamentales:*

«Supongamos: dice, que la casa vale 60.000 reales, tiene de pension 50 reales: el duplo capital de la misma, á razon de 66 y 2/3 el millar, importa 3.333 y 1/3; rebajada esta cantidad y la de 3.000 reales por cargas municipales, quedan líquidos 53.666 reales y 1/3. Si pues con arreglo á la ley el precio de la redencion es el duplo capital de la pension unido con el capital que produzca en veinticinco años una cincuentena del valor líquido de la finca, el precio en el caso propuesto será de 4.764 reales 2/3.»

Si se tratare de casas en Madrid, á falta de pacto expreso, se observará lo dispuesto en el auto acordado de 5 de Abril de 1770 (Ley 12, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.).

La redencion de los censos se podía hacer con arreglo á la ley 16 del mismo título y libro citados, por mitad cuando los capitales de los mismos no llegasen á cien mil reales, y en los que excedían de esta suma por terceras partes, aunque se hubiere pactado lo contrario en la escritura de su constitucion; mas como por la ley de 3 de Mayo de 1823 se dispuso que los censos de señorío y alodiales, así como cualesquiera otros, aunque sean perpetuos, podrán redimirse por terceras partes á voluntad del enfitéuta, sin distinguir si el capital era de más ó de ménos de cien mil reales, parece natural creer que hoy todos los censos, cualquiera que sea la importancia de su capital, puedan redimirse de la manera que dispone la ley de 1823, que es la posterior, es decir, por terceras partes.

Artículo 1618.—Lo dispuesto en el artículo anterior no será obstáculo para que las corporaciones y particulares celebren libremente los contratos de redencion de censos con las cláusulas y condiciones que estipularen.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1805).
Real Cédula 3 Agosto 1818.

Artículo 1619.—Si el censualista rehusare recibir el dinero y otorgar la escritura de redencion, el juez, á instancia del censuario, declarará redimido el censo despues de hacer depositar á riesgo del censualista, y con su citacion, el dinero de la redencion.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1804).
Art. 29 y siguientes, ley 24, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1805).

COMENTARIO

La redencion es un derecho concedido al censuario; así, pues, la regla general es que sólo él puede acudir al juez cuando el señor rehuse aceptar la redencion, y las «Justicias pueden obligar á los dueños á que lo ejecuten, depositando el importe de la parte del capital por su cuenta y riesgo, y cesando el rédito ó pension desde el dia en que se constituyó el depósito.»

En nuestro sentir, hecha la redencion por terceras partes, no cesará con el depósito de una de ellas toda la pension, sinó sólo la parte proporcional á la cantidad redimida.

Aunque el censualista no puede, por regla general, compeler al censuario á redimir, los autores citan dos casos en que tiene este derecho:

1.º Cuando el censuario no manifestó las cargas á que estaba afecta la finca en que se hizo la imposicion (Véase el art. 1611).

2.º Cuando el censuario, despues de citar al censualista para la redencion, quiso retractarse.

Artículo 1620.—El censatario satisfará las contribuciones que se impongan á la finca, pero descontará al censualista el tanto por ciento que le corresponda satisfacer y que aquél haya pagado por su cuenta.

ORÍGENES

Real decreto 23 Mayo 1845.

JURISPRUDENCIA

Segun la declaracion 16 del real decreto de 23 de Mayo de 1845, los censos están sujetos al descuento de lo que se paga por contribucion, sin embargo de cualquier pacto en contrario (Sent. 28 Octubre 1862).

La ley 2.ª, *Cod. de jure emphiteutico*, no se refiere á las contribuciones que pudieran afectar á la pension percibida por el dueño directo, sinó á la finca dada en enfitéusis, en el concepto de que los impuestos han de ser á cargo del que percibe las utilidades de la cosa (Sent. 9 Noviembre 1863).

Si el enfitéuta se obliga por pacto expreso á pagar las cargas y contribuciones que pesaren sobre los bienes que lleva en enfitéusis, no tiene lugar la disposicion general del real decreto de 23 de Mayo de 1845, que autoriza á los enfitéutas para descontar á los dueños del dominio directo el equivalente á la contribucion que se fije en cada año á los inmuebles (Sent. 16 Setiembre 1864).

La cláusula consignada en una escritura de censo de una casa, otorgada con anterioridad al actual sistema tributario, de que el llevador de la casa venía obligado á satisfacer, ademas del censo, todos los pagos reales y comunales que se impusieran sobre dicha casa, sólo puede entenderse con relacion á los impuestos entónces conocidos, ó que en lo sucesivo se impusieran sobre la casa, pero no á los que se establecen sobre la pension misma (Sent. 26 Mayo 1869).

Lo dispuesto en el real decreto de 23 de Mayo de 1823 no tiene aplicacion cuando las partes interesadas estipulan lo contrario (Sent. 25 Abril 1874).

COMENTARIO

Unicamente haremos notar que la disposicion de esta ley no tiene aplicacion más que en defecto de convenios particulares.

Artículo 1621.—Siempre que por dolo, culpa ó la voluntad del censatario llegare la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, podrá exigir el censualista á dicho censatario que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurado por la disminucion del valor de la misma finca, ó redima el censo, mediante el reintegro de todo su capital.

ORÍGENES

Art. 150, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Es condicion esencial del derecho hipotecario en materia de censos el que el interesado á cuyo favor se haya constituido pueda reclamar los réditos ó pensiones atrasadas al poseedor de la finca censida, siempre que no lo haga en perjuicio de otro acreedor hipotecario ó censualista posterior, en atencion á que ella es la obligada, y los que la adquieren lo hacen con el gravámen á que está afecta (Sent. 24 Abril 1874).

Artículo 1622.—Cuando una finca acensuada se deteriorare ó hiciere ménos productiva por cualquiera causa que no sea dolo, culpa ó la voluntad del censatario, no tendrá éste derecho á desampararla ni á exigir reduccion de las pensiones, miéntras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituído el censo. Si el valor de la finca se disminuyere hasta el punto de no bastar el rédito líquido de él para pagar las pensiones del censo, podrá optar el censatario entre desamparar la misma finca, ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservare.

ORÍGENES

Ley 28, tít. VIII, Partida 5.ª
Art. 151, ley Hipotecaria.

Artículo 1623.—Si despues de reducida la pension de un censo, con arreglo á lo pre-

venido en el segundo párrafo del artículo anterior, se aumentare por cualquier motivo el valor de la finca acensuada, podrá exigir el censualista el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que excedan en ningun caso de su importe primitivo.

ORÍGENES

Artículo 152, ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Nada da más exacta idea del sentido é importancia de los tres artículos de la ley Hipotecaria que las palabras con que los mismos legisladores los explican. Hélas aquí:

«Nada han dicho expresamente nuestras leyes respecto al caso de que una finca acensuada llegue á ser insuficiente para garantir el pago de las pensiones, y esta insuficiencia no sea efecto de caso fortuito, sinó de dolo, culpa ó mera voluntad del censatario. La aplicacion de las reglas generales acerca de la prestacion del dolo y de la culpa, bastan para que se considere viva la responsabilidad del censatario, si bien no puede ménos de considerarse ó menguado ó extinguido el censo, segun sea ó no completa la destruccion de la finca, ó se haya vuelto infructífera en todo ó en parte. Esta, que es la opinion uniforme de nuestros jurisconsultos, no está bien desenvuelta en la práctica, y dista mucho de satisfacer cumplidamente los intereses del censualista, porque en lugar de un crédito real, suficientemente garantido, sólo le queda un crédito personal, que depende única y exclusivamente de la situacion del antiguo censatario, que tan mala cuenta ha dado de la finca acensuada. Por esto la Comision, despues de proclamar el principio de la responsabilidad del censatario, procura una indemnizacion mucho más completa al censualista, estableciendo que cuando la finca llegue á ser insuficiente para garantir el pago de las pensiones por las causas ántes indicadas, pueda obligar al censatario, ó bien á imponer sobre otros bienes inmuebles la parte del capital que deja de estar asegurada por la disminucion del valor de la misma finca, ó á redimir el censo.

No puede aplicarse la misma regla al caso en que, sin acto alguno culpable ó espontáneo del censatario, se deteriore ó haga ménos productiva la finca acensuada. Ninguna decision hay acerca de esto en nuestras leyes; su silencio ha dado lugar á encontradas opiniones entre los jurisconsultos. Algunos, para suplir el silencio de la ley, han acudido al *motu proprio* de San Pio V, y fundándose en él pretenden que el censo debe reducirse proporcionalmente. La decision de este *motu proprio*, por regla general, no sería una razon, porque sobre no ser admisibles en el reino las disposiciones pontificias en lo que al derecho civil se refiere, hay la circunstancia particular de que, á peticion de las Córtes de Madrid celebradas en 1583, declaró D. Felipe II que tal *motu proprio* no estaba recibido en estos reinos; pero es asimismo indudable que en Navarra tiene toda su fuerza respecto á los censos posteriores á su fecha. La Comision, al establecer acerca de este punto una regla general, no ha podido seguir la legislacion navarra, porque, prescindiendo de la autoridad respetable en que se funda, no ha encontrado razones bastantes para adoptarla. Redúcense las que al efecto se alegan á que lo que se dice del todo respecto al todo, debe entenderse de la parte en cuanto á la parte, y á que el censo está extendido sobre toda la cosa y la parte en la parte; razones á que los impugnadores oponen otra de la misma naturaleza, á saber: que el censo está constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de las partes. Poca fuerza tienen para la Comision estos argumentos, más propios de las sutilezas de la escuela que de la dignidad del legislador. Razones más poderosas, expuestas por muchos jurisconsultos, la han decidido en sentido contrario, siguiendo en esto la opinion generalmente recibida en el foro, de que ni el censo ni la pension se reducen miéntras quede capital para cubrir aquél y frutos suficientes para satisfacer ésta. Fúndanse para ello en que el censualista sólo tiene el derecho de exigir la pension, y que ésta debe ser considerada sola y exclusivamente con relacion á los frutos, de modo que miéntras éstos basten para cubrirla, no puede considerarse extinguido parcialmente, por más que la finca se haya en parte destruído ó hecho infructífera. Ni sería justo considerar parcialmente extinguido el censo quedando al censatario la facultad de constituir otro nuevo sobre la misma finca acensuada ántes. No ha detenido á nuestros jurisconsultos para opinar así una ley de Partida, segun la cual se debe la pension en el censo enfitéutico cuando queda más de la octava parte de la cosa acensuada, de lo que parece inferirse que el censo se extingue cuan-

do el menoscabo es mayor, aunque la cosa no haya perecido, porque, prescindiendo de que la ley sólo se refiere á la enfitéusis, y por lo tanto no comprende los censos que tienen orígen diferente, se ha entendido siempre que se refería al caso en que la parte restante de la finca no produzca frutos bastantes para cubrir toda la pension.

Mas cuando llega el caso de que el valor de la finca acensuada decrezca tanto que no baste su rédito líquido á cubrir las pensiones, injusto sería obligar al censatario á dar más de lo que la finca produjera. Por esto el proyecto de ley le autoriza á que opte entre desamparar la finca ó exigir que se reduzca la pension en proporcion del valor que aquélla conserve. En este último punto se ha adoptado el *motu proprio* de San Pio V, no admitido ántes en el caso de que pudiera continuar satisfaciéndose la pension con lo existente. La razon que para ello ha tenido la Comision es evidente: ni podía obligarse con justicia al censatario á que pagase íntegramente una pension á que no alcanzaba la finca acensuada, ni por el contrario dar por extinguido el censo en su totalidad miéntras produjera aquélla algunos frutos, aunque no los bastantes para pagar la pension íntegramente. Mas si hecha la reduccion, se aumentasen el valor de la finca y sus productos, justo es que proporcionalmente vaya creciendo tambien la pension, hasta que llegue á su importe primitivo. Es verdad que esta opinion no se funda ni en las leyes actuales, silenciosas en el particular, ni en la opinion de los jurisconsultos, que nunca se refieren á la rehabilitacion proporcional de las pensiones, sinó á la total del censo, y que disputan acerca de si debe limitarse á las fincas que consisten en el suelo, ó extenderse tambien á los edificios; pero la Comision ha creido que á las antiguas disputas de los intérpretes, y á la incertidumbre de la práctica, debía sustituír otras reglas más equitativas, reemplazando así la fijeza de la ley al arbitrio judicial, y evitando en su orígen cuestiones que, por el distinto modo de ser apreciadas y juzgadas, pueden disminuir el prestigio de los Tribunales.»

TÍTULO XII

DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1624.—La sociedad es un contrato por el cual dos ó más personas se obligan á poner en comun sus bienes é industria, ó alguna de estas cosas, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

ORÍGENES

Proemio y ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1832, Cod. Francia.—1697 Italia.—1240 Portugal.—1655 Holanda.—1175 Austria. —169 Prusia. — 2772 Luisiana.—1316 Vaud.—890 Tesino.—1937 Friburgo.—1456 Neufchatel.—Párr. 1.º, tít. XXV, libro I, Instituta.

JURISPRUDENCIA

El contrato de sociedad ó compañía se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes, con arreglo á lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª, y por consecuencia no sólo puede ser justificado por documentos públicos ó privados, sinó tambien por los demas medios de prueba que el derecho reconoce (Sent. 11 Enero 1865).

La ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª, se reduce á definir lo que es contrato de compañía y el pró que de él nace, cuando se celebra entre personas buenas y leales para su mutuo beneficio, como si fueran hermanos (Sent. 22 Mayo 1866).

El contrato de compañía, segun su definicion legal, es aquel en que dos ó más personas se ayuntan con su dinero, industria, trabajo ú otra cosa, con intencion de ganar algo so uno (Sentencia 27 Octubre 1866).

El contrato de sociedad se constituye por el sólo consentimiento de sus individuos, segun la ley 4.ª, Dig. *Pro socio* (Sents. 1.º Mayo 1867 y 14 Febrero 1870).

El contrato ejecutado por un socio con consentimiento de sus consocios, y que por consiguiente tiene fuerza obligatoria para cuantos en él intervinieron, no infringe la ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª, que define el contrato de compañía y cómo debe otorgarse (Sent. 5 Abril 1870).

Si en un convenio no pactaron los contratantes la admision del demandante y de sus hijos en la compañía formada por los vecinos de un pueblo, para adquirir por el precio de tasacion los montes de propios del mismo que el Estado sacaba á subasta, sinó que los comisionados para la compra de ellos, obligándose personal é incondicionalmente, ofrecian para el caso de quedar el remate en algunos de los socios, dar á

aquellos parte en la adquisicion como á cualquier vecino del pueblo, computada del modo allí previsto, y que el demandante retiraría, como en efecto retiró, las instrucciones que tenía dadas á un agente de esta Corte para que á su nombre se interesare en la licitacion, limitada la sentencia á mandar, de conformidad con la demanda, que el comisionado ó sus causa-habientes cumplan las obligaciones que se impuso en el referido contrato, no infringe las leyes 1.ª, tít. X, Partida 5.ª, la regla 25, tít. III, Partida 7.ª, y la doctrina de que es nula la obligacion que en nombre de la sociedad contrae cualquiera de sus socios si no está competentemente autorizado por los demas (Sent. 21 Noviembre 1878).

La obligacion contraída por los firmantes del convenio en su forma primitiva y segun la estipularon las partes, es indivisible, y ha podido por esta razon exigirse su cumplimiento á cualquiera de los mancomunadamente obligados, y principalmente al comisionado que por haber adquirido en su propio nombre el pleno dominio de las fincas de cuya division se trata, cualesquiera que fuesen los compromisos personales que respecto á ellas tuviese anteriormente, era el único que en aquella forma podía cumplir dicho convenio, y estimándolo así la sentencia no infringe la ley 10, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion. (Sent. id. id.).

COMENTARIO

Todo cuanto dijéramos en pro de la asociacion, resultaria pálido al lado de los brillantes resultados de que da muestra todos los días ese espíritu que, especialmente en nuestros tiempos, auna todas las voluntades y encamina con vigoroso inpulso á un propósito comun los esfuerzos individuales.

«E nasce ende gran pro,—dice la ley de Partidas,—cuando se face entre algunos omes buenos é leales, ca se acorren los unos á los otros bien assi como si fueran hermanos.»

Una comunidad de medios y una comunidad de fines determinan claramente lo que es la sociedad. Pero esta palabra es demasiado vasta; por eso ha sido preciso definirla por los legisladores y por los tratadistas. Nosotros hemos admitido la definicion del proyecto de Código, porque no contradice, ántes bien está perfectamente en armonía con el concepto desenvuelto en el Código del Rey Sabio. *Compañía es ayuntamiento de dos omes, ó de más, fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntandose los unos con los otros.*

No debe confundirse la sociedad con la comunidad, pues como dice Gutierrez, la comunidad es un estado pasivo, miéntras que la sociedad se sirve de la comunidad como medio para obtener y dividir un beneficio. Cujas dice que por la sociedad se va á la comunicacion, y Conan hace notar que la comunidad existe desde que hay una cosa comun, pero que la sociedad exige de los asociados la aportacion de alguna cosa á fin de realizar con ella un lucro.

Tambien es fácil, dadas nuestras leyes, confundir la sociedad civil con la mercantil.

Con arreglo á nuestras leyes de Comercio, la sociedad es mercantil cuando tiene por objeto celebrar actos de comercio. Es decir, que no basta que los asociados se propongan obtener un lucro para que la sociedad sea mercantil; es ademas preciso que este lucro se obtenga por medio de actos de comercio. Con arreglo al proyecto de Código mercantil italiano, y otros Códigos en que se enumeran los actos que se reputan mercantiles, es más fácil determinar qué sociedades afectan este carácter y cuáles son puramente civiles; mas por nuestras leyes esto es dificilísimo, y en algun caso imposible. De todos modos, y áun dado que sea cosa sencilla determinar de una manera concreta qué actos son mercantiles y cuáles no, todavía naceria esta duda: una sociedad constituida para celebrar un solo acto de comercio, ¿será sociedad mercantil? En nuestro sentir, no.

Para que exista la sociedad es preciso que haya contrato ó consentimiento previo (lo cual no es necesario en la comunidad), y que se haga con ánimo de obtener y partir las ganancias.

El pacto de dividir las ganancias lleva consigo otro tácito de dividir las pérdidas ó daños, como estudiaremos en uno de los artículos siguientes.

Artículo 1625.—El mayor de catorce años puede otorgar este contrato, salvo el beneficio de la restitucion, de que podrá hacer uso si fuere de menor edad.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo ley dice que «todo ome que non sea desmemoriado, nin menor de catorce años, puede fazer compañía con otros:» lo cual equivale á reconocer que el mayor de esta edad puede celebrar este contrato, bien que añade la misma ley: «pero si el menor de veinte é cinco años entendiere que se le sigue daño de la compañía ó que le ficieran entrar en ella engañosamente, puede pedir al juez del lugar que lo saque della, é que le faga tornar en el estado en que era de ante, sin su daño; é el juez debelo fazer.»

Artículo 1626.—Tanto el fin ú objeto de la sociedad como los medios por que se persigan, han de ser lícitos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1833 Cód. Francia.—1698 Italia.

JURISPRUDENCIA

La doctrina de que no puede celebrarse contrato de sociedad sobre objetos y cosas prohibidas por las leyes, y el precepto de la 2.ª, título X, Partida 5.ª, prohibiendo formar «compañía sobre cosas desaguisadas, así como para furtar, matar ó dar á logro, no tienen aplicacion al contrato en que se estipula sobre cosas lícitas.» (Sent. 5 Abril 1870.)

COMENTARIO

Segun expresa la misma ley, será ilícito el fin ó medios de la sociedad que se proponga hurtar, robar, matar ó verificar alguna otra cosa semejante *que fuesse mala, é desaguisada, é contra buenas costumbres.*

Artículo 1627.—Es válido y debe ser cumplido todo pacto que se otorgare entre los socios al constituírse la sociedad, siempre que aquellos no sean contrarios á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Son válidos y deben cumplirse los contratos de sociedad celebrados para la compra de bienes nacionales, siempre que así en su constitucion como en su objeto estén dentro de la prescripcion de la ley de Partida (Sent. 14 Abril 1860).

No se infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, porque unos socios modifiquen las bases de su escritura social, pues es incuestionable su facultad para variar los términos de dicha escritura (Sent. 29 Noviembre 1872).

Las disposiciones claras y explícitas de los estatutos de una sociedad no pueden ser alteradas por los acuerdos posteriores de los socios, y mucho ménos en perjuicio de los que no aceptaron aquellos acuerdos, segun apreció la Sala sentenciadora por los méritos de los autos (Sent. 8 Junio 1875).

Artículo 1628.—Tanto los tenedores de acciones de las sociedades, como los interesados en las asociaciones de seguros mutuos de supervivencia y demas empresas sin capital fijo á que esta ley se refiere, tienen el derecho, así individual como colectivamente, de reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los Estatutos y reglamento por que se rijan, y de los acuerdos de las juntas generales legítimamente adoptados, y de exigir la responsabilidad á sus mandatarios ó administradores del uso que hayan hecho de las facultades que les han conferido y de la exactitud de los documentos publicados.

ORÍGENES

Art. 11, ley 19 Octubre 1869.

JURISPRUDENCIA

Establecida una sociedad con un objeto determinado, el reglamento orgánico que la constituye es la ley del contrato y fija los mismos derechos y deberes de los asociados (Sent. 13 Abril 1861).

Cuando los artículos del reglamento de una sociedad no contienen disposicion alguna que pueda autorizar ninguno de los extremos solicitados en la demanda, la sentencia que ab-

suelve al demandado, no puede decirse que infringe lo estatuído en la sociedad (Sent. 13 Noviembre 1862).

Tratándose de una cuestion entre una sociedad y uno de los socios, aunque en los estatutos de aquélla se establezca que todas las diferencias que puedan ocurrir se sometan á juicio de árbitros, el prescindirse por el socio de esta disposicion, entablando desde luégo demanda ordinaria, no afecta á la cuestion principal del pleito, ni autoriza, por consiguiente, el recurso de casacion, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 8 Enero 1863).

Cuando en una sociedad se ha acordado tomar los acuerdos y resolver todas las cuestiones por mayoría de votos, á la Sala sentenciadora toca decidir si en efecto se ha cumplido así, apreciando la fuerza de las pruebas suministradas por las partes sobre dicho hecho, á cuya apreciacion hay que atenerse, ínterin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sentencia 20 Marzo 1867).

Cuando en una escritura de sociedad se pacta que la contabilidad y caja estén en casa de uno de los socios, debe suponerse legítima y racionalmente que se entienda por tal cosa la en que more aquel socio, y no aquella que, áun cuando fuera de su propiedad, no constituya su domicilio ordinario (Sent. 28 Marzo 1867).

La escritura de constitucion de una sociedad es la ley del contrato, que debe observarse (Sent. 3 Abril 1867).

Las cláusulas contenidas en una escritura de sociedad sólo son obligatorias para los que las constituyen, pero no para el que, sin formar parte de ella, tiene que reclamar contra la misma (Sent. 24 Junio 1868).

Los estatutos de una sociedad, como pacto social que son, únicamente tienen fuerza de obligar para los accionistas (Sent. 25 Febrero 1869).

No pueden obligar las reformas de los estatutos de una sociedad al socio que dejó de serlo ántes de acordarse tales reformas (Sent. 7 Febrero 1872).

Estableciéndose en la cláusula 7.ª de la escritura de una sociedad, que las cuestiones que afectaran á la existencia de aquélla ó de alguno de sus individuos, habían de decidirse por unanimidad, ó someterse á juicio de amigables componedores, no habiéndose hecho lo uno ni lo otro sobre si el no pago de los dividendos por el demandante era caso para declarar disuelta respecto de él la sociedad, al hacer esta declaracion la sentencia recurrida, no obstante lo solemnemente estipulado, infringe la ley del contrato (Sent. 18 Diciembre 1878).

Si con arreglo á la citada escritura de sociedad y su condicion 3.ª los acuerdos de la mayoría eran obligatorios para todos los socios, habiendo sido la mayoría la que acordó y llevó á efecto la cesion al demandado, fué válido el contrato de cesion en su totalidad, y la sentencia, al absolverle de la reconvencion formulada por el albacea del demandante para que se declarase nula en la quinta parte que á él le correspondía, no infringe regla de derecho ni doctrina legal (Sent. id. id.).

Artículo 1629.—La sociedad es universal y particular ó singular.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1385 Francia.—1699 Italia.—1657 Holanda.—2797 Luisiana.—1840 Bolivia.—1583 Valais.—1317 Vaud.—Ley 5.ª, título II, lib. XVII, Digesto.—Tít. XXVI, lib. III, Instituta.

COMENTARIO

Sociedad universal es aquella que se hace de todos los bienes presentes y futuros con todas sus pérdidas y ganancias. La singular ó particular se limita á ciertos bienes y á determinados negocios.

Societas contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius, dice la ley 5.ª, título II, lib. XVII, del Digesto.

Las sociedades, así universales como singulares, se subdividen en diversas clases, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO II

DE LA SOCIEDAD UNIVERSAL

Artículo 1630.—La sociedad es universal si comprende todos los bienes presentes y futuros de los asociados.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

Define la ley la sociedad universal diciendo que es aquella en que *todas las cosas que han cuando fazen la compañia, é las queganaren en adelante sean comunales, é tambien la ganancia, como la pérdida que pertenezca á todos*; y en la ley 6.ª del mismo título y Partida se dice *que todos los bienes que avian los compañeros estonce é que ganaran despues, se ayuntasen en uno é fueren comunales entre ellos...*

Artículo 1631.—La sociedad universal puede ser de todos los bienes ó de todas las ganancias.

ORÍGENES

Leyes 6.ª y 7.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1836, Cód. Francia.—1700 Italia.—1423 Portugal.—2801 Luisiana.—1841 Bolivia.—1584 Valais.—Leyes 1.ª y 73, título II, lib. XVII, Digesto.

COMENTARIO

Por la sociedad universal de bienes se hacen comunes todos los bienes que pertenecen á los asociados, de tal modo que á todos pertenecen los bienes y las ganancias.

Por la sociedad universal de ganancias se comprenden en ella todo lo que los socios lucraren durante su asociacion con sus bienes ó industria.

La sociedad universal comprende los bienes futuros del mismo modo que los presentes; mas ¿será preciso que se pacte expresamente? No pactándose que los bienes futuros correspondan á la sociedad, ¿qué debe sobreentenderse? En sentir de Gomez, celebrada una sociedad universal de bienes, no es preciso que se pacte expresamente sobre los futuros, pues se comprenden en ella desde luégo, en atencion á que no hay peligro en conceder esta latitud. Mas el Código frances y el proyecto de Código no admiten las sociedades de los bienes futuros, sinó únicamente de los presentes.

Artículo 1632.—Por la sociedad universal de bienes se hacen comunes todos los de los asociados, sin necesidad de tradicion, y cada uno de éstos puede usarlos y demandarlos como suyos.

No obstante, los créditos anteriores á favor de uno de los socios no podrán ser reclamados por los demas, á no tener poder especial para ello.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. X, Partida 5.ª
Ley 47, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 1837, Cód. Francia.—1701 Italia.—1177 Austria.—1585 Valais.—1842 y 1843 Bolivia.

El art. 176, tít. XVI, parte 1.ª, Cód. Prusia, dice: «Una comunidad universal de todos los

bienes no puede tener lugar sinó entre esposos.» Lo mismo el Cód. Holanda, art. 1658, aunque permite la de ganancias. Los Códigos de Vaud, Friburgo, Neufchatel y Tesino prohiben en absoluto las sociedades universales.

COMENTARIO

Por la sociedad universal de bienes se hacen comunes hasta aquellos que tienen el carácter de castrenses y cuasi-castrenses. «Otrosi, cada uno destos compañeros puede usar destos bienes é fazer demanda sobre ellos, bien assi como de lo suyo mismo.»

En cuanto á los créditos anteriores á favor de alguno de los socios, dice la ley: «...luego que tal compañia ayan fecha é firmada é otorgada entre sí, passa el señorío de todas las cosas que cada uno de ellos ha, á los otros tambien como si vnos á otros se ouiessen apoderado en todos los bienes que ouiessen corporalmente. Empero si alguno de los compañeros ouiessen de rescebir algunos debdos ó derechos que fuessen suyos en ante que fiziessen la compañia, non los puedan demandar los otros sin su otorgamiento ó mandado.»

Artículo 1633.—El socio que tuviere á su favor créditos anteriores á la constitucion de la sociedad, deberá otorgar poder para demandarlos en beneficio de la misma.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. X, Partida 5.ª
Ley 47, tít. XXVIII, Partida 3.ª

COMENTARIO

«Mas con todo esso, tenudo es de les otorgar poder de los demandar,» dice la ley. Habiéndose cada socio obligado á poner en comun todos sus bienes, no cumple con aquel deber si se niega á hacer aquello que conduce á que la comunidad pactada sea un hecho positivo.

Artículo 1634.—Formada una sociedad simplemente ó sin expresar su objeto, se entiende que es la de ganancias.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1839 Cód. Francia.—1703 Italia.—2802 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

No tiene aplicacion la ley 7.ª, tít. X de la Partida 5.ª, al caso en que el demandado no celebró con los demandantes contrato alguno de sociedad, ni otro alguno (Sent. 10 Noviembre 1876).

CONCORDANCIAS

La palabra *ganancias* no comprende todas las adquisiciones, sinó aquellas que tienen un título, tal como la industria, profesion, sueldos, etcétera. Esta palabra, equivalente á la latina *quæstus*, es, como dice Paulo, *qui ex opera cujusque descendit*. Por esta razon, las adquisiciones que se hacen por un título lucrativo, como donacion, legado ú otro semejante, están excluídas de esta sociedad; por eso el proyecto de Código añade las palabras «con sus bienes é industria,» cuyo concepto en realidad es el de nuestra ley.

CAPITULO III

DE LA SOCIEDAD PARTICULAR

Artículo 1635.—La sociedad particular ó singular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso ó sus frutos, ó una empresa señalada, ó el ejercicio de una profesion ó arte.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1841 y 1842, Cód. Francia.—1705 y 1706 Italia.—1249 Portugal.—1660 Holanda.—2806 Luisiana.—1847 Bolivia.—1590 Valais.

Leyes 5.ª y 17, tít. II, lib. XVII, Digesto.

COMENTARIO

Las sociedades singulares son hoy muy numerosas, y sobre todo las de carácter mercantil han llegado á tener una importancia considerable.

El objeto de estas sociedades es una cosa señaladamente, así como vender vino, paños ó cosa semejante...

En la sociedad singular todas las demas ganancias que obtenga cada uno de los socios, por sus bienes, ó por otra industria ó concepto diferente, no se comprenden en ella, ni por lo tanto están sujetos á division entre los socios.

Artículo 1636.—Las sociedades que legalmente no tengan el carácter de mercantiles, y las cooperativas, en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante, podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental.

ORÍGENES

Art. 2.º, ley 19 Octubre 1869.

JURISPRUDENCIA

Las leyes no exigen que el contrato de sociedad se reduzcan á escritura pública (Sent. 11 Enero 1865).

El requisito de la escritura pública, que exige para todo contrato de sociedad el art. 284 del Código de Comercio, sólo es aplicable á la sociedad mercantil (Sent. 14 Febrero 1870).

La compra-venta de cosa raíz no es mercantil, segun los artículos 359 y 360 del Código de Comercio, en las cuales se califican los compras y ventas mercantiles, exigiendo por el primero que sean de cosas muebles y disponiéndose por el segundo que no se considerarán mercantiles las de bienes raíces y efectos accesorios á ellos, aunque sean muebles (Sent. 25 Octubre 1873).

COMENTARIO

Las sociedades son civiles y mercantiles. Estas se hallan sujetas á las disposiciones del Código de Comercio, y á ciertas leyes especiales que regulan su formacion y preceptúan las formas bajo las que pueden constituírse. Las sociedades puramente civiles no están sujetas á aquellas reglas, ni por consiguiente han de adoptar una de las formas á que han de someterse las otras sociedades.

Las sociedades civiles no es preciso que se constituyan por escritura pública.

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ASOCIADOS

Artículo 1637.—El contrato de sociedad puede constituírse por tiempo determinado ó por toda la vida de los asociados. No estarán obligados á cumplir este contrato los herederos del socio, aunque así lo hubiere pactado, á no ser que la sociedad tenga por objeto el arrendamiento de cosas del Estado ó de los pueblos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1844, Código Francia.—1708 Italia.—1662 Holanda.—2825 Luisiana.—1321 Vaud.—1593 Valais.—1464 Neufchatel.—1946 Friburgo.—Leyes 1.ª y 65, tít. II, lib. XVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando dos forman sociedad con objeto de emprender una especulacion, teniendo el uno el carácter de socio capitalista y el otro el de industrial, dividiendo por mitad las ganancias, es incuestionable que los gastos de compra, elaboracion, trasporte y conservacion de los objetos sobre que versa la especulacion son de cargo exclusivo del socio capitalista, sin que el industrial tenga que abonarle cantidad alguna por tal concepto (Sent. 19 Abril 1870).

COMENTARIO

Puedese fazer fasta tiempo cierto, ó por toda su vida de los compañeros. Pero si algunos fiziessen compañia entre sí, tambien por ellos, como por sus erederos, valdría quanto en su vida dellos, mas non passaria a sus erederos, fueras ende si la compañia fuesse fecha sobre arrendamiento de algunas cosas del rey ó del comun de algun concejo. En lo cual se diferencia la sociedad de la generalidad de los contratos, que se entienden celebrados para las partes contratantes y sus herederos.

La excepcion que hace la ley diciendo que subsistirá en los herederos la sociedad que tenga por objeto el arrendamiento de algunas cosas del rey ó del comun de algun concejo, es de dudosa observancia.

Artículo 1638.—Lo adquirido por uno de los socios mediante hurto, robo, engaño ó cualquier otro acto reprobado, debe ser restituído por los consocios que por ignorancia participaron de lo lucrado.

Si los consocios sabían que la ganancia tenía un orígen ilícito, deberán responder de ella, áun cuando hubieren percibido menor cantidad de la que les correspondiera.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. X, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No puede hacerse responsable á una sociedad de los actos criminales en que haya incurrido su gerente (Sent. 7 Febrero 1873).

COMENTARIO

Todo socio está obligado á comunicar sus ganancias: esta regla tiene una excepcion que se contiene en este artículo. Aquello que se adquiere por medios ilícitos no se comunica; mas si ignorándolo sus consocios percibieran algunas cantidades de las adquiridas por tales me-

dios, cada uno debe restituir aquello que indebidamente recibió.

Lo dispuesto en el segundo párrafo es una especie de pena por la complicidad, *esto es*,—dice la ley,—*porque recibiendo esta parte consintieron é otorgaron el mal que otro ouiesse fecho.*

Artículo 1639.—Es nulo el pacto de que han de ser comunes los bienes que se esperan heredar de una persona determinada á quien nombrasen señaladamente, á no ser que ésta hubiese prestado su consentimiento y no lo revocase. Si no se designare persona de quien haya de heredarse, el pacto es válido.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

La causa de nulidad en un pacto de hacer comunes los bienes que se espera obtener por herencia, está en la designacion de la persona á quien se espera suceder. La razon de este precepto es, segun expresa la ley, «porque podría acaecer que algunos dellos se trabajarian de muerte deste atal por cobdicia de partir los bienes suyos entre sí; por ende el pleyto de que podria nascer tan gran mal como este, defendemos que non vala.»

Al hablar de la compra-venta hemos consignado un precepto análogo.

Artículo 1640.—En la distribucion de ganancias y pérdidas entre los socios se estará á lo pactado válidamente entre ellos.

Si solamente se hubiere pactado la distribucion de ganancias, se observarán las mismas reglas en la de pérdidas. Idéntico principio regirá cuando sólo hubiere pacto respecto de las pérdidas.

A falta de pacto expreso, se distribuirán las ganancias y las pérdidas con igualdad entre los asociados.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 5.ª y 13, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 1853, Cód. Francia.—1717 Italia.—1262 y 1263 Portugal.—1671 Holanda.—2836 Luisiana.—1858 Bolivia.—1330 Vaud.—1602 Valais.—Ley 29, tít. II, lib. XVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La ley 3.ª, tít. X, Partida 5.ª, que trata de cómo han de compartirse entre los socios de una compañía las pérdidas ó ganancias que de la misma resultasen cuando al tiempo de su formacion nada se previno sobre el particular, no tiene aplicacion en el caso de que la sociedad ó compañía tenga en su reglamento una regla fija á que atenerse en la regulacion de los siniestros (Sent. 8 Enero 1863).

Por ser oneroso este contrato es tambien condicion precisa y esencial del mismo que sean comunes y proporcionales las pérdidas ó ganancias (Sent. 27 Octubre 1866).

En toda sociedad pueden estipularse las ganancias y pérdidas que á cada uno de los socios deben corresponder, y que sólo en el caso de que no se señale deberán ser iguales (Sentencia 24 Abril 1867).

Cuando no se prueba que entre dos haya existido el contrato de sociedad, no tienen aplicacion la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que trata del cumplimiento de las obligaciones, ni las 3.ª, 4.ª y 6.ª del tít. X, Partida 5.ª, referentes á la manera en que se puede *facer la compañía* y á los pactos que acerca de las pérdidas y de las ganancias puedan estipular los socios (Sent. 25 Abril 1868).

La ley 1.ª, tít. X, Partida 5.ª, y la 7.ª del mismo título y Partida, sobre la sociedad y modo de distribuir las ganancias y pérdidas entre los socios, no pueden quebrantarse cuando habiendo convenio escrito, él es la única ley por la que han de resolverse los derechos y deberes de los litigantes (Sent. 9 Diciembre 1871).

La sentencia que no sólo manda que se dividan las ganancias por mitad, sinó que establece la parte que cada uno de los litigantes llevaba en la compañía, y por consiguiente el *líquido partible*, se refiere á las ganancias lo mismo que á las pérdidas, segun sea próspero ó adverso el resultado de la liquidacion, y no infringe las leyes 3.ª y 13, tít. X, de la Partida 5.ª (Sent. 2 Enero 1877).

COMENTARIO

Desde el momento en que los socios aunan sus esfuerzos y se proponen un lucro comun, parece natural y lógico que las ganancias se repartan en proporcion al esfuerzo que cada uno presta á la empresa acometida en comun. Nadie mejor que los socios pueden hacer esta regulacion; por eso la ley manda que en primer término se atienda para la distribucion de pérdidas y ganancias á lo que se pactó al tiempo de constituirse la sociedad.

Mas puede suceder que únicamente existiere pacto sobre una de estas dos cosas, ó sobre la distribucion de ganancias, ó sobre el modo en que afectan las pérdidas á cada uno de los asociados: en cualquiera de estos casos quiere la ley que, en justa reciprocidad de derechos y obligaciones, se distribuyan en la misma proporcion unas que otras, es decir, que no habiendo pacto más que acerca de unas ó de otras, *entiéndese que tanta parte les alcanza de las pérdidas, quanta deuen auer cada uno de las ganancias.*

El último precepto del artículo es que *si sobre las ganancias, é las pérdidas, non fuere puesto pleyto en que manera se deuen compartir entre ellos, deuenlas partir igualmente.*

Disputan los autores sobre la significacion de la palabra *igualdad* que se halla en la ley, y que hemos conservado en el artículo, pues en tanto que unos entienden que la ley se refiere á la igualdad numérica, otros opinan lo contrario. Goyena dice que la distribucion con relacion á lo que respectivamente haya aportado cada socio es lo que se llama igualdad en proporcion geométrica, no aritmética. De la misma manera resuelve Gutierrez la duda. Y así debe ser, pues la verdadera igualdad consiste en la proporcion.

Gutierrez presenta dos excepciones al precepto de la ley:

1.ª Cuando uno de los asociados, con conocimiento de que su consocio hace una aportacion menor, le gratifica, concediendo que entre con él á partes iguales.

2.ª Cuando, sin embargo de haber asignado á un socio mayor parte de las ganancias que á los otros, el favorecido compensa la diferencia por algun servicio extraordinario que preste á sus consocios, circunstancia fácil de presumir en una infinidad de suposiciones.

Artículo 1641.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, será nulo el pacto en que se hubiere dispuesto que cualquiera de los socios reciba todas las ganancias y no le afecten las pérdidas.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1855, Cód. Francia.—1719 Italia.—2785 Luisiana.—1861 Bolivia.—1331 Vaud.—1474 Neufchatel.—1604 Valais.—Leyes 29 y 30, tít. II, lib. XVII, Digesto.

El art. 1672 de Holanda, si bien declara nulo el pacto por el que se dé á uno la totalidad de los beneficios, añade que «es permitido estipular que las pérdidas serán soportadas exclusivamente por uno ó más socios.»

El 6.º, cap. VIII, lib. IV, de Baviera, declara que «el contrato por el que una de las partes gozaría de todos los frutos ó soportaría todas las pérdidas, no puede valer sinó á título de donacion.»

El 245, tít. XVII, parte I de Prusia, dice: «El pacto que da á uno de los socios la totalidad de los beneficios es una donacion entre vivos, y no vale sinó en los casos en que es permitida.»

JURISPRUDENCIA

No es doctrina legal la de que ningun socio debe ser reintegrado del total de las pérdidas; ántes al contrario, el derecho reprueba que uno de los socios perciba todas las utilidades sin tener parte en las pérdidas (Sent. 8 Marzo 1862).

La sentencia que manda cumplir los pactos convenidos entre dos socios no quebranta la ley 4.ª, tít. X, Partida 5.ª (Sent. 4 Octubre 1870).

COMENTARIO

¿Debe valer el contrato de sociedad en que se estipule que uno de los socios lleve todas las ganancias y el otro soporte todas las pérdidas? Despues de lo dispuesto en algunos Códigos, que admiten como válido semejante pacto, al que dan el carácter de donacion, parece discutible si lo que las leyes de Partida llaman sociedad *leonina* debe ó no subsistir. En nuestro concepto, este pacto, no sólo es, sinó que debe ser nulo, sin que deba admitirse la inteligencia

dada por aquellos Códigos. Los contratantes quisieron celebrar ó formar una sociedad; mas como le agregaron un pacto que la desnaturaliza y la hace imposible, no debe valer. ¿Por qué se ha de suponer que tuvieron voluntad de hacer una donacion? Si tal quisieran, bien pudieran decirlo, y otorgarlo válidamente con arreglo á derecho.

Con arreglo al proyecto de Código, el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en cuanto á las pérdidas. Aunque nuestra ley nada dice expresamente sobre este punto, entendemos que en su espíritu cabe perfectamente aquel precepto que el proyecto de Código señala como una excepcion, y que no lo es realmente, pues el socio industrial como que lo que aporta es su trabajo, participa de las pérdidas desde el momento en que no hay ganancias: en este caso perdió su trabajo ó sus servicios. Más complicada sería la cuestion en el caso en que al socio industrial se le pagasen los honorarios que devengue por su trabajo, participando ademas de las ganancias sin responder de las pérdidas, á no ser que los honorarios se hubieren fijado en el contrato, teniendo presente al señalarlos el importe de las ganancias probables.

Por último, hemos observado que en tanto que unos autores declaran *nula* la sociedad en que interviene el pacto leonino, otros únicamente declaran nulo este pacto. En este sentido resuelve la cuestion con toda claridad el Proyecto, y es lo más admitido.

Artículo 1642.—La distribucion de pérdidas y ganancias puede dejarse al arbitrio de de terceras personas; mas si éstas procedieren injustamente, se hará la regulacion por los Tribunales.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1854, Cód. Francia.—1718 Italia.—1265 Portugal.—2837 Luisiana.—1860 Bolivia.—Leyes 6.ª y 79, tít. II, lib. XVII, Digesto.

COMENTARIO

La ley 5.ª tiene tres partes. Las dos primeras, que declaran nula la sociedad que se constituyó por engaño y no admiten la renuncia del engaño hecha a *priori*, no tenemos necesidad de explicarlas en este lugar; en la parte general de los contratos hemos visto análogos preceptos, aplicables á toda clase de convenciones, por ser aquella sociedad y renuncia opuestas al consentimiento la primera y á la moral la segunda.

En cuanto al precepto de este artículo, se reduce á que la designacion de partes en la ganancia ó pérdida, cuando en virtud de pacto expreso se ha ejecutado por tercera persona, su validez depende de su justicia, y por consiguiente, no siendo proporcional y equitativa aquella distribucion y las partes que se hicieren fuesen *desaguisadas como si mandasse tomar mayor parte al uno que al otro en las ganancias ó en las pérdidas, non mostrando alguna derecha razon por que lo mandaba, non valdria el aluedrio; ante deue ser enderezado por aluedrio de omes buenos, que caten si alguno de ellos meresce mayor parte, por ser más sabidor é por llevar mayor trabajo. E si fallaren que assi es, debengela dar, segun entendieren que es guisado; é si non, manden que lo partan igualmente.*

Artículo 1643.—Cuando un socio toma cosas pertenecientes á la sociedad sin conocimiento de sus consocios, no debe entenderse que ha cometido hurto ni que lo hizo con ánimo de defraudar, á no ser que haya señales evidentes que demuestren este ánimo.

ORÍGENES

Ley 17, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

La razon de este precepto se consigna en la misma ley. Así, despues de decir «toman á las vegadas algunos de los compañeros de las cosas de la compañía, sin sabiduría de los otros; é maguer que la tome assi, non deuen los otros compañeros asmar que la furta..., *fueras* ende, si paresciessen señales tan ciertas contra él porque ouiessen de creer que lo auia tomado con voluntad de lo furtar,» añade, explicando el motivo de la ley, «porque non deue ome sospechar que ninguno quisiesse furtar nada de aquellas cosas en que ha su parte.»

El hombre no puede robarse á sí mismo, sabiendo que lo que coge le pertenece.

Este es, por lo tanto, el motivo de la ley, pues en realidad, el socio es dueño, por más que no lo sea exclusivamente, de aquellas cosas que pertenecen á la sociedad.

Artículo 1644.—La deuda que un socio hubiere contraído con otro, deberá ser pagada por sus herederos si aquél muriese sin haberla solventado.

Si fuese el acreedor el que hubiese fallecido, los herederos de éste pueden exigir el pago del deudor que fué consocio de su causante.

ORÍGENES

Ley 17, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

Hemos dicho en otro artículo que en el contrato de sociedad tiene lugar una excepcion al conocido principio de que el que contrata lo hace para sí y sus herederos, y que en su virtud el heredero ó herederos del socio no tienen que continuar formando parte de la sociedad constituída por su causa-habiente. Esto, sin embargo, no quiere decir que los herederos de un socio no tengan que cumplir con ciertas obligaciones provenientes de aquel contrato de sociedad. Así, pues, áun cuando la persona civil haya desaparecido, los efectos nacidos del contrato permanecen, y por tanto, «si el un compañero ha á dar, ó á tornar debda alguna ó otra cosa al otro é muriesse ante que la dé, su heredero es tenudo de dar ó de tornar aquello quel debia.»

El mismo principio se observará cuando el que hubiese fallecido fuese el acreedor, pues sus herederos tienen accion para reclamar la deuda, y áun podrá exigir que se proceda á la division para los efectos del resultado de los actos celebrados hasta entónces.

Artículo 1645.—Todo socio debe responder á la sociedad de los daños y perjuícios que por su culpa ó engaño le haya causado, y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado en otros negocios.

ORÍGENES

Leyes 7.ª y 13, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

El socio está obligado: 1.°, á no engañar á sus consocios: 2.°, á emplear cierta diligencia en el desempeño de las funciones que se le encomienden. Si el engaño es vituperable y puede llegar á constituir un delito cuando se trata de personas desprovistas de lazos que los unan, entre los socios es doblemente desleal y censurable.

En cuanto á la culpa, han discutido los autores si deberá el socio prestar la *leve*, *lata*, ó *la levísima*. Justiniano expresa (Inst., par. 9.°, *de Soc.*), que prevaleció la opinion de los que sostenían que estaba obligado á la culpa leve.

Algunos han creído que el socio debía prestar la culpa levísima, lo que contradice Gayo.

Estas obligaciones, que la ley 7.ª impone á los asociados miéntras subsiste la sociedad, vuelven á consignarse en la ley 13 para el caso en que la sociedad se disuelva, añadiendo que no pueda el socio excusarse de responder de los daños y perjuicios que hubiere causado, *maguer diga que fizo otras ganancias á otra parte, que fueron tantas é tales de que podria ser mejorada aquella pérdida.*

CAPITULO V

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LA SOCIEDAD

Artículo 1646.—La sociedad se extingue:

1.° Por muerte natural de cualquiera de los socios, á no haberse pactado expresamente lo contrario.

2.° Por la interdiccion civil de cualquiera de los socios.

3.° Por la quiebra ó declaracion en concurso de alguno de los socios.

4.° Cuando se pierde la cosa ó se consuma el negocio que le sirve de objeto.

5.° Por la sola voluntad de cualquiera de los socios, entendiéndose esto con sujecion á lo dispuesto en los dos artículos siguientes.

ORÍGENES

Leyes 10 y 11, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1865 Código Francia.—1729 Italia.—1276 Portugal.—1683 Holanda.—2847, 2848 y 2854 Luisiana.—1875 Bolivia.—1339 Vaud.—1482 Neufchatel.—913 Tesino.—Leyes 4.ª y 65, tít. II, lib. XVII, Digesto.—Ley 4.ª, tít. XXV, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

La doctrina legal de que las acciones que se renuncian por los socios quedan en la masa social y acrecen á los demas en proporcion á las que á cada uno estén asignadas, no tiene aplicacion cuando la renuncia se ha efectuado en favor de uno de los socios determinadamente (Sent. 20 Octubre 1865).

Cuando en el pleito no se niega ni discute que las obligaciones deben cumplirse de cualquiera manera que hayan sido contraidas, ni de que el contrato de compañía se perfecciona por el consentimiento de las partes, sinó sobre si habiendo fallecido una de las dos personas que se asociaron para explotar una mina y no habiéndose consignado el convenio por escrito, ni prefijado el tiempo que deberia durar la sociedad, y terminó ésta ó nó por la muerte de aquél, no tienen aplicacion la ley 1.ª, tít. I, libro X, Nov. Rec., la 2.ª, tít. III, Partida 3.ª, la 1.ª y 7.ª, tít. X, Partida 5.ª, la doctrina de que por silencio, oscuridad ó insuficiencia de la legislacion, y mucho ménos por desconocerse una calificacion legal, no puede excusarse el juicio acertado, y la de que el contrato de sociedad se perfecciona por consentimiento de los contrayentes (Sent. 10 Marzo 1871).

Cuando la Sala sentenciadora resuelve la única cuestion litigiosa de este caso con estricta sujecion á la ley especial para el mismo, que es la 10, tít. X, Partida 5.ª, la cual establece textualmente que la compañía se desata por la muerte natural de uno de los compañeros... «fueras ende si cuando la firmaron pusieron pleito entre sí que maguer muriesse alguno dellos, los otros fincassen en la compañía,» cuyo pacto no se justifica que mediase en el convenio verbal sobre que el pleito versa, es evidente la inconveniencia de la cita como infringidas de dicha ley y del axioma de que la aplicacion de una ley debe sólo tener lugar en aquel órden de cosas para el cual ha sido establecida, no pudiendo ser decididos por ella objetos de un órden diferente, porque precisamente la Sala se ha atemperado á esas mismas reglas, que son contraproducentes (Sent. id., id.)

No estimando una sentencia que una sociedad haya continuado despues de la muerte de uno de los socios, no se infringe la ley 10, titulo X, Partida 5.ª, que señala como causa de la disolucion del contrato de compañía, por derecho comun, la de muerte de uno de los asociados (Sent. 5 Junio 1862).

Si en un contrato que celebraron dos hermanos constituyeron una sociedad comun con el objeto que aquel expresa, la cual, con arreglo

á la ley, debia disolverse por fallecimiento de cualquiera de ellos, la sentencia que declara que el demandado está obligado á cumplir el mencionado contrato desde su otorgamiento hasta el día en que murió uno de los socios y en que quedó disuelta la sociedad, no comete ninguna infraccion legal (Sent. 16 Enero 1877).

COMENTARIO

Primera causa de disolucion. Faltando uno de los socios por haber fallecido, la sociedad queda disuelta áun cuando los socios fueren muchos, *fueras ende si cuando la firmaron pusieron pleito entre sí, que maguer muriesse alguno dellos, los otros fincassen en la compañía*; mas no podrá pactarse que continúen en la sociedad los herederos del que falleciere, segun hemos dicho en otro artículo.

Segunda causa. La ley de Partida coloca como segunda causa de disolucion de la sociedad la muerte civil de alguno de los socios. Hoy, en que esta pena no existe, es comun el sentir de los autores que en su lugar producirá el mismo efecto de disolver la sociedad el que uno de los socios haya sido condenado á pena que lleve consigo la interdiccion.

Tercera causa. La quiebra ó declaracion en concurso de alguno de los socios solamente producirá el efecto de disolver la sociedad cuando se trate de un socio capitalista, mas no si fuere meramente industrial. Así á lo ménos lo entienden los autores.

Cuarta causa. La pérdida de la cosa solamente será causa de disolucion, con arreglo al proyecto de Código, cuando la cosa se perdiere ántes de haber sido aportada, pero no si se perdió despues; y la razon que da Goyena merece tenerse en cuenta. «Antes,—dice,—perece para el socio que conserva la propiedad hasta el momento de aportarla, de lo cual se sigue que no puede ya existir sociedad, pues que el socio se ve en la imposibilidad de traer al fondo social lo que prometió; si despues, perece para la sociedad que es ya su propietaria, pero la pérdida de la cosa no debe ni puede causar en este caso la disolucion de la sociedad, á ménos que ésta se halle limitada exclusivamente á la misma cosa.»

Sin embargo, en sentir de Gutierrez, la ley parece significar que ha de haber perecido la cosa despues de aportada á la sociedad, pues dice, muriéndose ó *perdiéndose de otra guisa la cosa porque fué fecha*, y nada dispone para el caso en que haya perecido ántes de aportarse.

Quinta causa. Esta causa se halla consignada en la ley 11, que dice: «Buena es la compañía entre los omes mientra cada uno de los compañeros an voluntad de fincar en ella. Mas cuando alguno de los compañeros non se pagasse della, puedela desamparar, si quisiere, diciendo a sus compañeros: Fasta agora me pague de aver compañía con vusco, mas de aquí adelante non quiero ser vuestro compañero; é non lo pueden embargar los otros que lo non faga.»

¿Será preciso, para que se entienda llegado el caso de la ley, que el socio que se quiere separar notifique á sus compañeros su voluntad de no continuar formando parte de la sociedad?

¿Bastará que deje trascurrir el término en que se comprometió á hacer alguna cosa, sin verificarla, para que se entienda renunciada la sociedad?

Artículo 1647.—El socio que renunciare á la sociedad y se separare de ella ántes de finalizar el término que para su duracion se hubiere señalado, deberá abonar á sus consocios los daños y perjuícios que les ocasione, salvo si hubieren pactado que cada socio pueda separarse libremente cuando quisiere.

ORÍGENES

Ley 11. tít. X, Partida 5.ª.

JURISPRUDENCIA

La ley 11, tit X, Partida 5.ª, permite que el socio pueda separarse de la compañía sin que los compañeros tengan derecho á impedirlo, aunque lo haga ántes de terminar la negociacion ó el tiempo convenido, si bien queda en este caso obligado á aquélla con la responsabilidad de indemnizarla de los daños y perjuícios que origine su intempestiva separacion (Sent. 8 Mayo 1861).

Cuando versa el pleito solamente acerca de si el socio tiene ó no derecho á separarse ántes de trascurrir el tiempo marcado en la escritura, no tiene aplicacion la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., ni la doctrina legal referente á pactos (Sent. id. id.).

Segun la ley 11, tit. X, Partida 5.ª, cualquier socio de una compañía puede separarse de ella sin que los demas tengan derecho á impedírselo, aunque lo hiciese ántes de terminarse la negociacion ó el tiempo prefijado, si bien quedando sujetos á la indemnizacion de perjuicios

que su separacion intempestiva pudiera causar á los consocios, á no ser que se hubiese pactado lo contrario (Sent. 19 Noviembre 1861).

Las leyes 11 y 14, tít. X, Partida 5.ª, que expresan las razones por las que se puede partir un compañero de los otros ántes de tiempo, no tienen aplicacion cuando, léjos de querer separarse de la compañía uno de los socios, se pide por el que era director y cajero de la misma que se le reponga en su cargo (Sent. 27 Octubre 1866).

Sin bien la ley 11, tít. X, Partida 5.ª, establece que el socio que se separe ántes que sea acabado el hecho, ó ántes que termine el tiempo que había de durar la sociedad, pague á sus compañeros todo el daño que les viniese por esta razon, se exceptúa determinadamente de esta responsabilidad al socio que se separa, *si cuando firmaron la compañía fizieron pleito entre sí, que el que, non pagasse della, que la pudiesse desamparar cada que quisiese, ante del tiempo sobredicho ó despues* (Sent. 18 Febrero 1868).

La ley 11, tít. X, Partida 5.ª, y la doctrina del Tribunal Supremo que establece que dicha ley permite que el socio puede separarse de la compañía sin que los compañeros tengan derecho á impedirlo, si bien queda obligado á indemnizar los daños y perjuícios que origine su extemporánea separacion, se refieren á la manera de separarse un socio de los demas y á las obligaciones que contrae, y por tanto no es aplicable al litigio que versa sobre la propiedad de unas maderas embargadas (Sent. 22 Diciembre 1877).

COMENTARIO

El socio que rompe sus compromisos no debe causar daños á sus consocios: «por eso es tenudo de pechar á los otros compañeros todo el daño que les viniese por esta razon.»

En cuanto á la excepcion que se hace en el artículo, es obvia. Si en todo caso puede el socio separarse de la sociedad, si bien con la obligacion de reparar el daño causado, la cláusula por la cual se convienen los socios en que pueda separarse de ella aquel que quiere, ó había de ser completamente inútil y ociosa, ó había de suponer renuncia de los derechos que la ley concede á los demas compañeros. Ademas, si unos á otros se facultan para hacer la renuncia, es claro que se libertan de la pena que lleva consigo.

Artículo 1648.—El socio que maliciosamente se separe de la sociedad siendo ésta universal, deberá entregar á la misma los bienes ó ganancias que adquiera despues de su separacion. Mas desde el día en que se hubiere separado, no podrá comunicar sus pérdidas á la sociedad, ni participará de las ganancias de la misma.

ORIGENES

Ley 12, tít. X, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes 12, 13 y 14, tít. X, Partida 5.ª, no son aplicables al caso en que no se reclamen perjuícios contra el socio que intenta separarse, limitándose la oposicion á no tener derecho para verificarlo hasta que trascurra el tiempo marcado en la escritura (Sent. 8 Mayo 1861).

COMENTARIO

La separacion ó renuncia á que se refieren los artículos anteriores es denominada por los tratadistas intempestiva, por hacerse ántes de finalizar el término de la sociedad sin haber ocurrido causa justa de disolucion, á tenor de lo que diremos en el art. 1650. La renuncia de que se ocupa el presente artículo se llama fraudulenta, ó de mala fe.

Este fraude y mala fe consisten en querer, por el medio de la renuncia, obtener una utilidad mayor en perjuicio de los demas socios. La ley pone algun ejemplo de este fraude, y dice: «assi como si sopiesse que le avia alguno establecido por eredero, ó que tenia en corazon de establecerle, ó le viniesse la ganancia de otra parte cualquier, é por razon della, engañosamente se partiesse de sus compañeros, por la aver toda é fazer perder á los otros la parte que deuen aver...»

En el comienzo de la ley que comentamos se dice que este precepto es aplicable á la sociedad universal únicamente, y en efecto, los ejemplos de mala fe que pone no pueden tener lugar tampoco más que en el caso en que sea universal la sociedad. Por eso en nuestro artículo hacemos la misma advertencia: bien que, en sentir de los autores, siendo posible el fraude en todas las sociedades, cualquiera que sea el carácter y forma que revistan, debe hacerse

en todas ellas aplicacion de las mismas reglas contenidas en la ley 12 que comentamos.

Artículo 1649.—Es maliciosa la renuncia ó separacion cuando el que lo hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser comun.

ORÍGENES

Ley 12, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1870, Cód. Francia.—1734 Italia.—1278, caso segundo, Portugal.—1687 Holanda.—2856 Luisiana.—1882 Bolivia.—1344 Vaud.—918 Tesino.—1621 Valais.—Pár. 4.°, tít. XXVI, lib. III, Instituta.

COMENTARIO

Aun cuando, segun decimos en el comentario anterior, la ley pone diversos ejemplos de renuncia fraudulenta, debe entenderse que en todo caso en que un socio *se partiese engañosamente de sus compañeros, por aver toda la ganancia*, hay verdaderamente mala fe, y tendrá lugar, por lo tanto, lo prevenido en el artículo anterior.

Artículo 1650.—Puede disolverse la sociedad ántes de finalizar el tiempo por que se constituyó:

1.° Cuando uno de los socios tuviese defectos ó vicios de carácter de tal naturaleza, que no sea posible sufrirle ni vivir con él en buena manera.

2.° Cuando alguno de los socios haya obtenido empleo ó cargo público que le impida continuar en la sociedad.

3.° Cuando dejaren de cumplir las condiciones estipuladas.

4.° Cuando la cosa sobre que se constituyó la sociedad sufriese impedimento ó embargo, de modo que no pueda usarse de ella.

ORÍGENES

Ley 14, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 14, 15 y 16, tít. II, lib. XVII, Digesto.

COMENTARIO

La renuncia no será fraudulenta ni intempestiva cuando concurriera alguna justa causa de disolucion, de las que enumera la ley.

Las contenidas en este artículo, tomadas de la ley 14, no necesitan explicacion detenida.

Artículo 1651.—A la disolucion de la sociedad se observará lo prevenido en los artículos 1640, 1641, 1642, 1644, 1645, 1647 y 1648.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 5.ª, 7.ª, 13 y 17, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

Las reglas y preceptos legales que dejamos expuestos en los artículos que se citan, tienen necesaria aplicacion en el momento en que una sociedad se disuelve, puesto que aquellas leyes ordenan el modo en que se han de dividir las ganancias obtenidas por la sociedad, así como la distribucion de las pérdidas que la afecten, y determinar, por último, las responsabilidades en que hayan incurrido los socios por virtud de sus actos ó de sus gestiones.

Por consiguiente, al hacerse la liquidacion de la sociedad debe no olvidarse cuanto en los artículos citados dejamos dicho sobre los diferentes puntos que comprenden.

Artículo 1652.—Si el socio encargado de la administracion diese la porcion correspondiente á alguno ó algunos de los socios, y ántes de satisfacer las de los restantes se hiciese insolvente, deberán los primeros restituír aquellas porciones para que se haga nueva distribucion, á ménos que los perjudicados consientan y no reclamen oportunamente.

ORÍGENES

Ley 15, tít. X, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1849, Cód. Francia.—1712 Italia.—1257 Portugal.—1667 Holanda.—2832 Luisiana.—1858 Bolivia.—1826 Vaud.—1469 Neufchatel.—1598 Valais.—Ley 63, párrafo 5.º, tít. II, lib. XVII, Digesto.

COMENTARIO

«Muchos seyendo los compañeros, assi que sean tres ó más, si uno dellos tuviesse en guarda los bienes de la compañía, si éste que los tiene diesse parte al uno, ó á los dos sin sabiduría é sin mandado de los otros ó de alguno de ellos; si acaesciesse que aquel que los toviesse en guarda viniesse despues á pobreza, de guisa que non le fincasse de que pudiesse dar su parte á los otros, ó al uno, sin cuya sabiduría lo dió, estonce deue ser tornado á la compañia aquello que desta guisa tomaron, é deue ser partido otra vez entre todos los compañeros.»

Es decir, que la nueva distribucion se hará siempre que los socios perjudicados no tuviesen conocimiento del pago hecho anteriormente. Si tuviesen conocimiento y consintieren en las adjudicaciones hechas, no entablando oportuna reclamacion, «non podrian demandar á los otros que tomassen aquello que avian recibido; porque fueran en culpa en no demandar su parte en aquel tiempo que la pudieran cobrar.»

Las palabras *consientan y no reclamen* que colocamos en el artículo comprenden evidentemente á éstas que emplea la ley: «si sopieron como aquel que los tenía en guarda, ó en poder, avia dado parte á los otros, é duraren tanto tiempo en pereza que no quieran demandar su parte.»

Artículo 1653.—El socio que resultare deudor á la sociedad ó á alguno de sus consocios por razon de la misma, no podrá ser compelido al pago total de la cantidad adeudada si por ello hubiere de quedar indigente. En este caso el juez deberá señalar la parte de bienes que haya de dejársele para que atienda á los gastos de su subsistencia.

ORÍGENES

Ley 15, tít. X, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Las ganancias ó pérdidas de una compañía sólo pueden calcularse con exactitud por medio de una liquidacion general y definitiva de todas las negociaciones emprendidas, y no de una sola, independientemente de las demas (Sent. 19 Abril 1870).

COMENTARIO

Este derecho recibe el nombre de beneficio de competencia, y se deriva, al decir de un jurisconsulto de nuestros días, de que el contrato de sociedad produce una relacion de estrecha confraternidad.

Este beneficio se entiende con la obligacion de pagar el resto de la deuda tan luégo como el deudor llegue á mejor fortuna.

Artículo 1654.—La sociedad responde á todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y de las pérdidas ó daños que se le hayan ocasionado en su servicio.

Tambien le responde de las obligaciones que haya contraído para los negocios sociales. Si la obligacion fuere pura, deberá solventarse ántes de proceder á la distribucion de los bienes de la sociedad; en otro caso, se dividirá primeramente el caudal de la compañía, pero cada socio deberá garantizar el pago en su día de las porciones respectivas.

ORÍGENES

Ley 16, tít. X, Partida 5.ª

COMENTARIO

«Despensa faziendo alguno de los compañeros, por pro ó por mejoría de la compañia, ó si andando en seruicio de la compañia adolesciesse é oviesse de fazer despensas para guarescer, assi como en dar algo á algund fisico ó en comprar melecinas, atales despensas como estas ó otras semejantes, bien las puede sacar de la compañia aquel que las fizo. Otrosi dezimos que si fiziesse manlieua por pro de la compañia á tal que la prometiesse de pagar luego, que puede otrosi sacar del comun de la compañia de que la pague ante que los bienes de la com-

pañia se departan. Mas si la debda fuesse fecha so condicion, ó ouiesse plazo de mayor tiempo á que lo ouiesse de pagar, dezimos que las cosas que son de comun, que las deue aduzir ante ellos é partirlas con ellos. Pero deue tomar recabdo de cada vno dellos, que pague su parte de aquella debda al plazo que él puso de la pagar.»

Con esto quedan terminadas las reglas que deben observarse siempre que por haberse disuelto una sociedad haya de procederse á su liquidacion y particion.

TÍTULO XIII

DEL MANDATO

CAPITULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA, FORMA Y ESPECIES DEL MANDATO

Artículo 1655.—El mandato es un contrato en cuya virtud una persona se obliga gratuitamente á realizar un negocio á nombre de otra que le dió este encargo.

ORÍGENES

Leyes del tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en el fondo con: Arts. 1984, Código Francia.—1737 Italia.—Párr. 1.º, art. 1318 Portugal.—1829 Holanda.—1002 Austria.—1.º, seccion 1.ª, cap. IX, lib. IV, Baviera.—1.º y 6.ª, parte 1.ª, tít. XIII, Prusia.—1984 Rusia.—2957 Luisiana.—1994 Bolivia.—1068 Tesino.—1741 Valais.—1467 Vaud.—1902 Friburgo.—783 Berna.—Tít. XXVI, lib. III, Instituta.—Párr. 13, tít. XXVII, lib. III, Instituta.—Ley 1.ª, tít. I, libro XVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

No comprometiéndose á dar ni hacer cosa alguna en retribucion de los servicios que otro ofrece, no se celebra un contrato innominado, sinó el de mandato (Sent. 28 Octubre 1860).

El contrato de mandato es gratuito por su naturaleza, sin que pueda exigirse salario ni honorarios por los trabajos que ocasione, á no ser que se haya pactado lo contrario expresamente (Sents. 23 Octubre 1860 y 21 Febrero 1863).

La gestion de mandato es gratuita miéntras no se pacta lo contrario, ó no se entiende, por los términos en que se hizo, que el mandante se obligase á retribuirlo: fuera de estos dos casos, el mandatario no puede reclamar otra cosa que los gastos ocasionados por el desempeño del mandato (Sent. 15 Octubre 1860).

No haciéndose constar la obligacion en virtud de la cual el mandato fuere retribuido, no puede alegarse falta de cumplimiento á lo pactado (Sent. 31 Diciembre 1861).

Las leyes referentes al mandato no son aplicables al contrato innominado, *doy para que hagas* (Sent. 29 Enero 1867).

No sólo no se contraría la doctrina del Tribunal Supremo sobre que el contrato de mandato es gratuito por su naturaleza, sinó que se alega *contraproducentem*, cuando el mandante no se ha opuesto al abono de la retribucion al mandatario por sus servicios, y ántes al contrario sostiene que estaban satisfechos del modo que el mismo indica (Sent. 23 Setiembre 1871).

Es indudable que el mandante puede retirar al mandatario la facultad que le concede para

hacer una cosa, con la misma libertad que se la da, siempre que no se obligae sá no revocar lo que aquél hiciera en virtud del mandato (Sent. 17 Diciembre 1870).

Si bien es cierto que la ley 20, tít. XII, Partida 5.ª, ordena, y lo ha sancionado ademas la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el mandatario no tiene derecho á la remuneracion de los servicios que en tal concepto preste, á ménos que no se estipule expresamente lo contrario, dicha ley y la doctrina á su tenor establecida no pueden tener aplicacion, cuando no ha existido un contrato de verdadero mandato, como así lo ha sostenido el demandado durante el litigio, y ha estimado ademas la Sala sentenciadora en vista de las pruebas practicadas, sin que contra su apreciacion se haya alegado infraccion alguna legal, sinó que entró y sirvió en casa del demandante en clase de dependiente asalariado (Sent. 30 Abril 1874).

El contrato de mandato es personalísimo y de confianza, y por lo mismo se extingue desde el momento en que deja de existir alguno de los contratantes, como repetidamente tiene declarado el Tribunal Supremo (Sent. 9 Noviembre 1875).

COMENTARIO

La ley de Partida no consigna la definicion de mandato que constituye nuestro artículo. Mas como en los demas títulos se comienza por definir el contrato á que se refiere, nos ha parecido que no debíamos prescindir de colocar en este lugar una definicion del mandato, siquiera la ley no la hubiere dado.

Nosotros entendemos, con Javoleno, que *omnis definitio in jure civili periculosa est*, y por consiguiente que en derecho civil no debe definirse; mas habiéndonos propuesto como modelo el proyecto de Código, no hemos creido que podíamos prescindir de estás definiciones.

Aunque la ley de Partida no define el mandato, le asigna un carácter especialísimo, cual es el de que sea gratuito por su naturaleza, sin embargo de admitir precio, cuando así se hubiere pactado.

Por derecho romano, *mandatum nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amititia trahit*, así es que no podia pactarse precio ni remuneracion de ninguna clase; pero se admitia que el mandante hiciese despues un presente, en testimonio de reconocimiento por el servicio prestado.

Mas el Código frances, en su artículo 1986, dice: «El mandato es gratuito, si no hay convencion en contrario,» lo cual repiten casi todos los Códigos modernos. El de Austria llega hasta admitir por promesa tácita la que resulta de la condicion del mandatario que no acostumbra á poner su trabajo sin remuneracion.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado la misma doctrina que se contiene en el Código frances.

Los defensores de esta opinion dicen: «Es cierto que siendo el contrato gratuito, adquiere un carácter hermoso de desinteres y generosidad: pero el rigorismo romano ha parecido excesivo. ¿Por qué no ha de poder el mandante dar ó prometer una recompensa? ¿Por qué no ha de poder obedecer al sentimiento de una justa delicadeza, que le inclina á indemnizar al mandatario del sacrificio del tiempo y de los cuidados que hubiera podido emplear útilmente para sí mismo? Estas muestras de gratitud, léjos de desnaturalizar el servicio, no hacen más que realzar su carácter. Una recompensa dada ó prometida, jamas se reputa en este contrato sinó como una indemnizacion; no es un beneficio.»

Mas á esto contesta Goyena: «Todas estas consideraciones se estrellan contra la sencilla realidad de las cosas, porque todas pueden aplicarse al verdadero arriendo de obra y á los contratos innominados; en todos estos casos lo que se da es una indemnizacion, una justa recompensa, y entre ésta y el precio, sobre todo si es alzado, no se percibe verdadera diferencia. El contrato es esencial y necesariamente gratuito; de otro modo degenera en el de arriendo, ó en uno de los innominados, *do ut facias, facio ut des*.»

La Serna y Montalvan reconocen asimismo que, en el sentido riguroso de la palabra, esto es más bien una locacion que un mandato.

Sin embargo, en la práctica se considera al mandato como gratuito por su naturaleza, de manera que por él no pueden reclamarse honorarios, remuneracion, ni emolumentos: mas podrá pactarse que intervenga precio, en cuyo caso únicamente podrán exigirse.

Artículo 1656.—El mandato puede constituirse:

1.º En presencia de mandante y mandatario.

2.º Por cartas ó mensajeros ciertos.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XII, Partida 5.ª
Ley única, tít. XVI, Ordenamiento de Alcalá.

JURISPRUDENCIA

El mandato, como contrato consensual, puede constituírse y perfeccionarse verbalmente ó por escrito, con tal que se manifieste y demuestre el propósito y consentimiento de ambas partes en su respectiva realizacion (Sentencia de 2 Octubre 1869).

COMENTARIO

«Los mandamientos que los omes fazen unos á otros... pueden ser fechos en muchas maneras. Ca puedense fazer estando delante los que mandan fazer la cosa é los que resciben el mandato. E aun se pueden fazer por cartas, ó por mensajeros ciertos: maguer non estén delante los que mandan fazer la cosa nin los que reciben el mandamiento.» El mandato, como contrato puramente consensual, recibe su fuerza del libre consentimiento del mandante y del mandatario, sin que sea preciso que se sujete á solemnidades ni formalismos de ninguna especie, pues en constando de algun modo la voluntad é intencion de las partes, el contrato existe perfecto y obligatorio para ambos.

Ademas del mandato expreso, que es el contraído de una manera terminante, bien por escritura, bien por otro medio directo que demuestre la voluntad del mandante, existe el mandato tácito, que, segun expresan los autores, tiene lugar, por ejemplo, cuando estando presente la persona que fuese deudora de otra, saliera uno fiador por ella y no lo contradijese.

Con el mandato tácito se relaciona tambien la doctrina sobre cuasi-contratos, que estudiaremos oportunamente.

Artículo 1657.—El mandato puede otorgarse puramente hasta cierto día y bajo condicion.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XII, Partida 5.ª

Artículo 1658.—Una vez aceptado el mandato, no puede el mandante alegar que no tuvo intencion de obligarse, á no probarlo debidamente.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

«E si alguno despues que ouiesse fecho el mandamiento por estas palabras quisiere dezir que non lo fiziera con entencion de obligarse, non deue ser oido. Fueras si pudiere prouar, por aquellos ante quien fué fecho, que así es, como el dize, que lo non fizo con entencion de obligarse, mas de otra manera.» No es creible que el mandato se otorgue sin intencion de obligarse y obligar al mandatario. La ley, sin embargo, admite como posible que se otorgue sin verdadera intencion, en cuyo caso no valdrá; pero es preciso que justifiquen cumplidamente, á satisfaccion del Juez ó Tribunal, aquel extremo. Mas esto, segun expresa la ley, *sería grave de prouar*.

Artículo 1659.—Puede ser mandatario, siempre que no se trate de negocios judiciales, el que fuere mayor de diez y siete años.

ORÍGENES

Ley 19, tít. V, Partida 3.ª

COMENTARIO

E aun dezimos que los Personeros que son dados para recabdar cosas fuera de juyzio, que cumple que sean de edad de diez y siete años como quier que los otros que son puestos para demandar ó á responder por otro en juyzio, deuen ser é lo ménos de edad de veynte é cinco años.

En nuestro derecho no hay razon que justifique por qué haya de bastar la edad de diez y siete años, en lugar de otra mayor ó menor.

En el derecho romano, del cual está tomada esta disposicion, la razon de la ley está, segun expresa Gutierrez, en que un poco ántes de esta edad vestían los jóvenes la toga viril.

Artículo 1660.—Es nulo y no debe ser cumplido, aunque mediare remuneracion ó precio, el mandato que tenga por objeto actos ó negocios ilícitos.

ORÍGENES

Ley 25, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Este contrato, como todos, no puede tener por objeto un fin ilícito ó contrario á la moral, á las leyes ó á las buenas costumbres. Así, pues, el mandato que tuviere por fin la realizacion de un acto de esta naturaleza, no debe ser cumplido aunque medie precio, remuneracion ó promesa, ni crea obligaciones entre mandante y mandatario.

En este concepto expresa la ley que *si le mandasse fazer furto ó omicidio... maguer pagasse por ende alguna cosa el que reciue el mandado, non seria tenudo de fazer enmienda aquel que gelo mandó fazer.*

El Digesto decía (1): *Rei turpis nullum mandatum est: et ideo hac actione non agetur.*

Artículo 1661.—El mandato puede ser:

1.° En utilidad del mandante.

2.° En utilidad de un tercero.

3.° En utilidad del mandante y un tercero.

4.° En utilidad del mandante y del mandatario.

5.° En utilidad del mandatario y un tercero.

6.° En utilidad del mandatario.

ORÍGENES

Leyes 20, 21, 22 y 23, tít. XII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Se invocan inútilmente las leyes de Partida que hablan de las diferentes clases que hay de mandato y de la diversa manera en que puede constituírse, cuando se trata de una mujer casada que necesita la licencia de su marido para celebrar válidamente este contrato (Sent. 29 Octubre 1867).

COMENTARIO

El mandato se contrae en utilidad del mandante cuando éste «mandase á otro que le recabdase todas las cosas que ouiesse en algun lugar, ó le mandasse comprar, ó fazer alguna cosa señaladamente, ó que entrasse fiador por él,» y en general cuando encarga á otro que cuide de sus cosas ó le preste algun servicio.

El mandato se celebra en utilidad de un tercero distinto del mandante y mandatario, cuando el mandante dijere: «Mandote que reciuas las cosas que ha fulan en tal lugar, ó que le compres, ó que le fagas tal cosa señaladamente,» etc., etc.

Se entenderá contraído en utilidad del mandante y un tercero si dijere aquél: «Mandote que reciuas las cosas que avemos yo é fulan en tal lugar, ó que compres tal viña, ó que fagas tal cosa para mí é para él...» etc.

En utilidad del mandante y del mandatario se habría celebrado el contrato «si alguno ouiesse menester marauedis, é rogasse ó mandasse á algun judío que le diesse ó le emprestasse estos maravedis á ganancia á él, á su mayordomo ó á su personero de aquel que lo mandó fazer.»

«Si alguno mandasse á otro que diesse sus marauedis á ganancia á un tercero nombrándolo,» el contrato se habrá otorgado en beneficio del mandatario y un tercero.

Por último, el mandato puede ser en utilidad exclusiva del mandatario, lo cual sucedería si el mandante dijere: «Consejovos ó mandovos que de los maravedis que tenes compres viñas ó eredades, ó otra cosa semejante que le mandasse comprar ó mejorar.» Mas como veremos despues, éste no es un verdadero mandato.

(1) Ley 6.ª, pár. 3.°, Dig. *Mand.*

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

Artículo 1662.—El mandatario queda obligado por la aceptacion á cumplir el mandato con lealtad y exactitud, y responde de los daños y perjuícios que, de no ejecutarlo ó por su culpa, se ocasionen al mandante.

ORÍGENES

Leyes 20 y 21, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1991, Cód. Francia.—1745 Italia.—1535 Portugal.—1022 Austria.—1837 Holanda.—1472 Vaud.—1749 Valais.—1611 Neufchatel.—1286 Soleure.—1914 Friburgo.—2002 Bolivia.—2971 Luisiana.—Leyes 5.ª y 27, tít. I, lib. XVII, Digesto.—Tit. XXVII, libro III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Las leyes 20, 21 y 25, tít. XII, Partida 5.ª, no eximen al mandatario de la obligacion de rendir cuentas (Sent. 27 Junio 1865).

Cuando no se hace á uno responsable de culpa ajena, sinó de la propia por haber faltado á las obligaciones de mandatario, es inoportuna la cita de la regla de derecho que dispone que la culpa del uno no debe empecer á otro que no haya parte (Sent. 19 Noviembre 1867).

Es un principio de derecho, consignado en las leyes 20 y 21, tít. XII, Partida 5.ª, que el mandatario queda obligado por la aceptacion del mandato á desempeñarle bien y lealmente, y que es responsable de los daños y perjuícios que por su culpa se ocasionen al mandante (Sents. 19 Noviembre 1867 y 28 Marzo 1868).

El mandatario en negocio de interes peculiar de su comitente, está obligado para con éste á indemnizarle por cualquier engaño ó por culpa que hubiere cometido, segun la ley 20, tít. XII, Partida 5.ª (Sent. 8 Mayo 1869).

Ya sea por el derecho mercantil, ya por la legislacion ordinaria, está el mandatario obligado á cumplir las obligaciones que se le impusieron y en las que él convino (Sent. 7 Julio 1871).

No se quebranta la doctrina legal de que el mandatario que excede los fines del mandato obra con nulidad y es responsable de los daños que cause cuando los actos de dicho mandatario se sometan á prueba, y el Tribunal sentenciador declara, apreciándola, que dicho mandatario obró dentro de sus atribuciones, sin que contra esta apreciacion se cite ley ó doctrina legal que se suponga infringida (Sent. 23 Setiembre 1871).

Segun la ley 20, tít. XII, Partida 5.ª, el que manda «hacer á otro una cosa á pro de sí mismo, si aquel á quien lo manda acepta el mandamiento, tenudo es de cumplirlo; y si alguna cosa pechare en cumplir el mandamiento, tenudo es de pecharlo aquel por cuyo mandado lo fizo:» y ademas, si el que recibió el mandato faze algun engaño en no cumplirlo ó viene daño al otro, tambien es tenudo de pecharle todo lo que él viniere por su razon (Sent. 22 Diciembre 1871).

Segun las leyes 20 y 21, tít. XII, Partida 5.ª, el mandatario que con sus actos, por su culpa, causa daño al mandante, «es tenudo de pecharle el daño que vino por razon dél.» (Sent. 17 Enero 1873.)

No habiendo prueba de mala fe ó negligencia en el mandatario, no tienen aplicacion, y por consiguiente no pueden considerarse infringidas, las leyes 2.ª y 23, tít. XII, Partida 5.ª, y 11, tít. III, Partida 7.ª, y la doctrina del Tribunal Supremo de que el mandatario queda obligado,

por la aceptacion del mandato á desempeñarle, bien y lealmente, respondiendo de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen al mandante; porque, segun disposicion de la ley, es inevitable la absolucion del demandado cuando no se justifica el dolo, culpa ó negligencia que eran objeto de la demanda (Sent. 23 Abril 1873).

Una vez aceptado el mandato, queda obligado el mandatario á cumplir su cometido empleando todo el cuidado y diligencia necesarias (Sent. 2 Julio 1875).

Hecho cargo el mandatario de un paquete que contenia una cantidad para entregarla á una persona, es responsable de la pérdida de dicha cantidad por su gran descuido en custodiarla, siendo ineficaz para eximirse de la obligacion contraida la advertencia ó protesta que hizo al dársele el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, si el extravío no se debió á caso fortuíto ni á desgracia alguna inevitable, sinó que, por el contrario, fué efecto de su incuria, abandonando en el carruaje que lo conducía la cartera en que llevaba la expresada cantidad, sin haber tomado ántes las precauciones necesarias, ni guardado en el bolsillo la llave de la misma, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su propia negligencia (Sent. id. id.).

Esta clase de culpa se presta en todos los contratos, y equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contrario é incompatible con la índole y objeto de los contratos (Sent. id. id.).

COMENTARIO

Las obligaciones del mandatario son de dos órdenes, ó, mejor dicho, pertenecen á dos tiempos diversos: unas existen durante el mandato, las otras son posteriores al mandato mismo.

El mandatario puede aceptar ó no aceptar el mandato; pero una vez aceptado, queda sujeto á ciertas obligaciones, de las cuales no puede escapar, ni eludir su cumplimiento.

Durante el mandato, está obligado el mandatario á seguir y arreglarse á las instrucciones del mandante, haciendo, á falta de ellas, todo lo que segun la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia, es decir, que ha de emplear, segun la expresion del Código austriaco, con asiduidad y lealtad todos los medios propios para conseguir el objeto del mandato.

No podrá, por consiguiente, el mandatario excederse de los límites señalados en el contrato, entendiéndose que si se hubiere excedido, sólo obligará al mandante en la parte que éste quiera ratificar; por eso, cuando el mandato se ha cumplido en presencia del mandante y éste ha prestado su aprobacion á cuanto ha hecho el mandatario, no puede decirse se haya extralimitado en sus facultades.

Tampoco debe decirse que se ha excedido cuando celebra el contrato que se le mandó, ó verifica el acto que se le hubo encomendado en condiciones más favorables para el mandante.

Si celebró el contrato en condiciones más onerosas ó peores, como si habiéndole señalado precio cierto abonase otro mayor, en este caso el mandatario podrá obligar al mandante á que admita la cosa por su precio. Así lo entendieron la mayor parte de los jurisconsultos romanos.

Si hubiere recibido el mandatario diversos encargos del mismo mandante, deberá cumplirlos todos; pero si omitiese celebrar alguno de ellos, no por eso dejarán de ser válidos los otros y obligar al mandatario, á no ser en el caso de que éste hubiese tenido el propósito, cuando otorgó el mandato, de no consentir su cumplimiento á medias, como si diese el encargo de comprar dos cosas de tal manera que adquiriera la una por razon de la otra para que se completen, ó por otra causa cualquiera hubiese sido aquella la intencion del mandante. Lo cual está sometido á justificacion, bien que, en sentir de los autores, esta justificacion no ha de ser otra que los términos en que se confirió el mandato.

Si el mandante hiciese cosa distinta de aquélla que se le confió, no valdrá, á no ser ratificada por el mandatario, áun cuando le fuese más ventajosa.

Téngase presente que el mandato es cierto áun cuando no se hubiere fijado precio, en cuyo caso el mandatario no deberá pagar más de lo justo.

Cuando el negocio encomendado al mandatario fuere susceptible de diversos procedimientos y no se hubiese designado al mandatario cuál haya de seguir, podrá éste optar por el que juzgue y entienda que es más procedente.

Por último, el mandatario es responsable del no cumplimiento del mandato y del cumplimiento desacertado en que resulte daño por su culpa.

De las obligaciones que pesan sobre el man-

datario una vez terminada su comision ó mandato, nos ocuparemos en uno de los artículos siguientes.

Para terminar este comentario, vamos á decir dos palabras sobre una ley recopilada, que erróneamente se ha creído por algunos autores (1) aplicable al mandato.

En efecto, la ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec., dice: «Todo hombre que es cabezalero ó guarda de huérfanos, ó otro hombre ó mujer cualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrasen, y si la comprase pública ó secretamente pudiéndose probar que así fué fecha, no vala, y sea desfecha, y...» Esta disposicion se ha juzgado aplicable al mandatario y á toda clase de administrador, áun cuando no fueren legales: mas por sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1866 se ha declarado que «la proteccion que las leyes dispensan á los incapaces é incapacitados para administrar sus bienes, no es aplicable á los que están en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles, y por tanto las disposiciones de la ley 1.ª, título XII, lib. X, Nov. Rec., no se refieren ni pueden comprender á otras personas que no sean los administradores legales; pues no siendo así, resultaría la prohibicion general y absoluta de que un administrador pudiera comprar toda clase de bienes de su principal ó comitente, y áun la de que los mismos dueños de bienes administrados pudieran venderlos.»

Artículo 1663.—El mandatario que al rendir cuentas lo hiciere engañosamente deberá restituír las cantidades que hubiere ocultado, con más los daños y menoscabos que se originaren al mandante, aunque éste hubiese aprobado las cuentas y renunciado á toda accion que pudiese tener por razon de las mismas.

Esta regla es aplicable á todos los negocios en que una persona haya de rendir cuentas á otra.

ORÍGENES

Ley 30, tít. XI, Partida 5.ª

---

(1) Los Sres. La Serna y Montalvan, en sus *Elementos de derecho civil y penal.*

JURISPRUDENCIA

El mandatario está obligado á dar cuentas del manejo ó administracion de bienes ajenos que ha tenido á su cargo, y en su caso deben hacerlo los herederos, á quienes trasmiten la obligacion (Sent. 2 Noviembre 1871).

COMENTARIO

Terminado el mandato y cumplidas por el mandatario todas las obligaciones que lleva consigo la comision que aceptó, nacen nuevas obligaciones, ó mejor dicho una de verdadera importancia, cual es la de rendir cuentas al mandante. Esta cuenta ha de ser verdadera y leal de tal manera, que si «encubre alguna cosa engañosamente ó fizo otro engaño contra aquellos que han parte en aquella cosa... pueden demandar los dueños que les mejore aquel engaño que les fizo, con todos los daños é los menoscabos que les vinieren por razon dél.»

Es de advertir que la aprobacion de las cuentas no privan al mandante de la facultad de reclamar contra ellas si se hubieren dado maliciosamente, encubriendo algun fraude ó engaño; por eso dice la ley: «maguer el señor faga pagado dél por razon de aquella cuenta, é le dé carta de pagamiento, é le prometa que de allí adelante non le demande ninguna cosa por razon de aquello que tuvo dél; tal pleito nin tal promision non vale cuanto en aquello que encubrió; como quier que vale en todas las otras cosas, de que dió verdadera cuenta.»

Artículo 1664.—El mandatario puede cometer su encargo á una tercera persona; pero queda responsable de los daños que ésta ocasione al mandante.

ORÍGENES

Ley 19, tít. V, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1994, Cód. Francia.—1748 Italia.—1840 Holanda.—1010 Austria.—37, tít. XIII, parte 1.ª, Prusia.—1342 Portugal.—2978 Luisiana.—2005 Bolivia.—1475 Vaud.—1752 Valais.—1614 Neufchatel.—1077 Tesino.—Ley 21, tít. V, lib. III, Digesto.—Ley 8.ª, tít. I, lib. XVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si las facultades concedidas en el mandato son personalísimas, el mandatario no puede trasmitirlas á otras personas con quienes celebre sociedad ó compañía (Sent. 30 Marzo 1868).

COMENTARIO

Los procuradores para pleitos no pueden nombrar sustituto á ménos de estar expresamente facultados para ello; *mas los otros* (mandatarios) *que son fechos para recabdar ó fazer cosas fuera de juycio, estos tales bien pueden dar otros Personeros en su lugar, cada que quisieren é valdrá lo que fuere fecho con ellos, tambien como si lo fiziessen con aquellos que los pusieron en su lugar.*

Véase, no obstante, lo resuelto por jurisprudencia.

La sustitucion lleva consigo que el mandatario adquiere la responsabilidad consiguiente por los actos que el nombrado por él ejecute. «Pero si estos fiziessen alguna cosa á daño del señor, estonce los primeros Personeros que los cogieron ó los pusieron en sus logares son tenudos de se parar á ello.»

Artículo 1665.—Es válida la venta celebrada por el mandatario que recibió comision para ello, si se perfeccionó ántes de tener conocimiento de la revocacion del mandato.

ORÍGENES

Ley 51, tít. V, Partida 5.ª

COMENTARIO

La revocacion del mandato no anula los actos verificados por el mandatario ántes de tener noticia de la revocacion; por eso, áun cuando refiriéndose sólo á la compra-venta, dice la ley que es válido el contrato de compra-venta celebrado por el mandatario, «si en la personería le fuesse otorgado de la vender é la vendiesse en ante que sopiesse que el señor de la cosa la quería vender á otro.»

CAPITULO III

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE

Artículo 1666.—El mandante debe cumplir todas las obligaciones contraídas por el mandatario dentro de los límites del mandato *(a)*.

En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sinó cuando lo ratifica *(b)*.

ORÍGENES

(a) Leyes 20 y 22, tít. XII, Partida 5.ª
(b) Regla 10, tít. XXXIV, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1998, Cód. Francia.—1752 Italia.—1345 Portugal.—1844 Holanda.—7.º, cap. IX, lib. IV, Baviera.—85, tít. XIII, libro I, Prusia.—1016, Austria.—1480 Vaud.—1619 Neufchatel.—2990 Luisiana.—Leyes 10 y 60 *de regulis juris.*—Ley 56, tít. III, lib. XLVI, Digesto.—Ley 45, tít. I, lib. XVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Las órdenes ó instrucciones privadas entre mandante y mandatario sólo son obligatorias para éstos, sin que los efectos de ellas puedan ser trascendentales á un tercero ni causarle perjuicio (Sent. 18 Noviembre 1864).

El contrato celebrado por un apoderado no puede obligar al poderdante, cuando se celebra con extralimitacion de las facultades que éste dió (Sent. 25 Febrero 1865).

Las doctrinas legales de que el mandatario, gerente ó representante de una sociedad no se obliga personalmente en los contratos que celebra, sinó que obliga al mandante ó á la sociedad en cuya representacion ha contratado, y de que el que se subroga en lugar de otro hace suyos todos sus derechos y obligaciones, suponen siempre como indispensable que conste el hecho de la existencia del mandato ó constitucion legal de la sociedad, ó la del nuevo contrato de subrogacion (Sent. 18 Enero 1866).

Cuando el mandatario no se excede de la autorizacion que se le concedió, no es aplicable el principio jurídico de que no vale lo que hace el mandatario excediéndose del mandato (Sentencia 10 Marzo 1869).

COMENTARIO

El mandatario no contrata á nombre propio, sinó en nombre de su mandante; por eso el único que queda obligado es éste, á no ser que aquél se hubiere extralimitado en las facultades que se le otorgaron.

El mandante, pues, deberá cumplir el contrato que en su nombre se celebró, *ca pues su Mayordomo ó Personero por su mandado dél los rescibe, tenudo es como si él mismo los rescibiesse*.

En otra ley, tambien de Partida, se añade: «finca obligado el mandador á aquel que recibe el mandado.»

Despues de lo que dejamos dicho al hablar de las obligaciones que pesan sobre el mandatario, nada hemos de añadir sobre el valor de los actos verificados por éste.

Si el mandatario se hubiere excedido de su cometido, su gestion, como observa oportunamente Escriche, no es ya gestion de mandato, y por consiguiente el mandante puede negarse á reconocerla.

Si la ratificase, quedaría obligado á su cumplimiento, porque «quien há por firme la cosa que es fecha en su nome, vale tanto como si la él ouiesse mandado fazer de primero.»

Artículo 1667.—Si el mandatario hubiere hecho gastos en el cumplimiento del mandato, debe reembolsárselos el mandante.

ORÍGENES

Leyes 20, 21 y 22, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1999, Código Francia.—1344 Portugal.—1753 Italia.—1014 Austria.—6.°, cap. IX, lib. IV, Baviera.—1845 Holanda.—70, tít. XIII, parte 1.ª, Prusia.—2991 Luisiana.—2010 Bolivia.—1481 Vaud.—1757 Valais.—1620 Neufchatel.—Leyes 27 y 56, tít. I, lib. XVII, Digesto.—Ley 1.ª, tít. XXXV, libro IV, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Cuando con arreglo al contrato de comision ó mandato, una cantidad determinada devenga interes, es igualmente de abono el importe de los cambios, recambios, comision y gastos de letras no satisfechas por el mandante y pagadas por el mandatario (Sent. 18 Junio 1857).

Es arreglada á ley la sentencia en que, condenando al mandante á pagar al mandatario los gastos hechos con ocasion del mandato, se hace la deduccion de un error de cuenta alegado oportunamente por aquél, y el cual no resulta rectificado en el curso del litigio, sin que con dicha sentencia se infrinja la doctrina de jurisprudencia de que, quien es causa de la causa, lo es tambien de lo causado (Sent. 3 Febrero 1860).

Es contrario á la doctrina legal, fundada en la ley 20, tít. XII, Partida 5.ª, la cual circunscribe el derecho del mandatario á reintegrarse de los pagos y expensas que hubiere tenido que hacer en cumplimiento del mandato, el fallo en que se condena al mandante al pago de los servicios prestados por el mandatario, cuando no se estipuló expresamente su retribucion (Sent. 23 Octubre 1860).

Sent. 15 Octubre 1860.

Con arreglo á la ley 20, tít. XII, Partida 5.ª, el decreto del mandatario se circunscribe á reintegrarse de los gastos que hubiere tenido que hacer para el cumplimiento del mandato (Sent. 2 Junio 1870).

Si bien es cierto que, segun las leyes 20, 24 y 25, tít. XII, Partida 5.ª y la doctrina del Tribunal Supremo, el que manda hacer á otro una cosa en pro de sí mismo, si aquel á quien la manda, acepta el mandamiento, tenudo es de cumplirlo; y si para ello pagare ó desprendiese alguna cosa, obligado se halla á su vez de pagársela á aquel por cuyo mandato lo hizo, cierto es igualmente que estas disposiciones legales

presuponen, que sea una verdad y se pruebe que el que recibió tal mandato ha hecho precisamente para cumplirle los gastos y despensas, que pretende se le pague por el mandante (Sentencias 19 Enero 1875 y 21 Junio 1875).

COMENTARIO

El mandante debe satisfacer al mandatario los adelantos y gastos que éste hubiere hecho por razon del mandato.

Para ello señalan los autores diversas condiciones, son á saber:

Primera. Que los gastos se hayan hecho de buena fe y por necesidad.

Segunda. Que el desembolso haya tenido lugar por causa del mandato.

Tercera. Que no haya causado gastos innecesarios por su culpa.

El proyecto de Código dispone que la indemnizacion alcance, no sólo á los gastos, sinó tambien á las pérdidas que haya podido sufrir el mandatario siempre que no haya mediado culpa ó imprudencia de éste. Nuestro derecho, áun cuando no tan terminante, no excluye la indemnizacion de estos perjuicios, ántes al contrario, todos los autores la admiten como cosa corriente.

Rogron pone el siguiente ejemplo: «Si habiendo comprado yo para vos un toro, que me habíais designado, rompe él las cuerdas con que se hallaba atado y mata á mi caballo, debéis indemnizarme: mas para esto es necesario que no haya habido imprudencia alguna de mi parte, por ejemplo, si puse al toro en el mismo establo del caballo, ó si no le até con la suficiente seguridad.»

Por último, el mandante no puede excusarse de satisfacer los gastos y desembolsos hechos por el mandatario, aunque el asunto ó negocio que le encomendare hubiese producido mal resultado, ó se hubiere terminado con desgraciado éxito, lo mismo que si el negocio no se hubiere terminado por revocacion del mandato ó porque el mandatario no hubiere podido acabarlo.

Artículo 1668.—Cuando el mandato fuere en utilidad tan sólo del mandatario, se considerará como un consejo, y únicamente será responsable el mandante de los daños que por su engaño ó malicia se ocasionen al mandatario.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Por regla general, el que da un consejo no es responsable de los daños y perjuicios que puedan sobrevenir al que lo siguió. *Ninguno non es obligado á otro del consejo que le dió, maguer le ende viniesse daño.*

A esta regla general ha señalado la misma ley alguna excepcion, tal como si hubo engaño al dar el consejo, ó si procedió con malicia.

Los autores suelen señalar otras excepciones, como si el consejo fuese de tal peso que sin él no se hubiere llevado á cabo el acto, ó se le dió con tal insistencia que pareciera, como dice Gutierrez, más que un consejo, una recomendacion.

La presente ley únicamente hace responsable al consejero por su engaño ó malicia. En todo caso, el impropiamente llamado mandatario debe *catar si es á su pro ó non, pues ninguno non es tenudo por premia de tomar consejo que otro le da, si non quisiere.*

Las leyes de Partida no determinan los modos y casos en que puede acabarse el mandato. Los autores, sin embargo, siguiendo lo dispuesto para los procuradores judiciales, señalan diversos medios de terminarse este contrato. Podemos reducirlos á los siguientes:

1.° Cumplimiento del mandato.
2.° Su revocacion expresa ó tácita.
3.° Renuncia del mandatario con justa causa.
4.° Muerte del mandante ó mandatario.
5.° Quiebra del mandante ó del mandatario.
6.° Imposibilidad física ó moral del mandatario.
7.° Pérdida por el mandante de la facultad de administrar sus bienes.

Para dar por terminada esta materia, añadiremos únicamente que hay otra clase de mandato, llamado judicial, y que tiene por objeto el desempeño y gestion de asuntos puramente judiciales. Las reglas á que está sujeto, así como los derechos y deberes de los procuradores, pertenecen de lleno á las leyes de procedimientos.

TÍTULO XIV

DEL PRÉSTAMO

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICION GENERAL

Artículo 1669.—Préstamo es un contrato por el cual una de las partes entrega á la otra alguna cosa de las no fungibles, para que use de ella gratuítamente y se la devuelva en un tiempo determinado, ó bien da dinero ú otra cosa de las fungibles, con la condicion de volver otro tanto de la misma especie y calidad.

En el primer caso se llama comodato, en el segundo recibe el nombre de mutuo.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. I, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. II, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XVI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Véanse los arts. 1874, 1875, 1876 y 1892, Cód. Francia.—1207 y 1208 Portugal.—1805, 1806 y 1819 Italia.—979 y 983 Austria.—1358, 1359, 1360 y 1376 Vaud.—2862 y siguientes Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Cuando á cada una de las cantidades entregadas sigue la expedicion del correspondiente recibo, no puede considerarse como una cosa dada por piedad ó consideracion, sinó como una verdadera anticipacion ó préstamo (Sent. 29 Mayo 1857).

No puede decirse que la Sala desconoce la naturaleza de un contrato, sinó que hubo falta de expresion en su nomenclatura, cuando al caracterizar un préstamo de contrato consensual, se refiere al pacto verbal que medió entre el tomador y el prestamista, por el cual éste, como medio de entrega de la cantidad prestada, endosó á aquél un pagaré que había de abonar un tercero, pues al hacerse efectivo dicho pagaré fué cuando tuvo efecto el contrato de préstamo y nació la accion de mutuo (Sent. 5 Febrero 1866).

COMENTARIO

Los romanos distinguieron una clase especial de contratos, á los que llamaron reales, porque no se entendían perfectos sinó mediante la material entrega de la cosa sobre que versaban. A esta clase pertenece el contrato de préstamo. Ahora bien: despues de la ley recopilada, que declaró obligatorias todas las convenciones que se celebrasen entre particulares, cualquiera que fuere la forma en que se hayan otorgado, mediare ó no entrega de presente, con tal que resultare evidenciada la voluntad é intencion de obligarse las partes, resulta que

esta convencion es válida, y por tanto que aquel á quien se prometió hacer un préstamo tendrá accion para reclamar que se haga efectivo y que se le entregue la cosa prometida; pero el verdadero préstamo no se entenderá constituído sinó mediante la entrega misma de la cosa que se ofreció, y hasta entónces no nacerán los derechos y obligaciones á que da lugar el contrato de que nos ocupamos.

El contrato de préstamo es de dos clases: *mutuo* y *comodato*.

El primero consiste en la entrega de dinero ú otras cosas fungibles.

El segundo se constituye por la entrega de una cosa no fungible.

El comodato es un contrato gratuíto. En el mutuo pueden prestarse intereses, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO II

DEL MUTUO

Artículo 1670.—El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles adquiere su propiedad y sufre la pérdida ó menoscabo que experimenten.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, 8.ª y 10, tít. I, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1892 y 1893, Cód. Francia.—1820 Italia.—1523 Portugal.—1792 Holanda.—2882 Luisiana.—1904 Bolivia.—1515 Neufchatel.—1377 Vaud.—983 Austria.—3.º, cap. II, lib. IV, Baviera.—Ley 2.ª, tít. I, libro XII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Segun lo dispuesto en la ley 10, tít. I, Partida 5.ª, el que no entrega la cosa prestada á la sazon que debia, está obligado á pechar los daños y menoscabos que recibió el dueño en demandar la cosa que prestó (Sent. 29 Abril 1868).

COMENTARIO

Consideraron los jurisconsultos romanos dos clases de contratos, unos onerosos, otros de beneficencia. Entre estos últimos, cuyo fundamento está en la piedad, se halla el mutuo. Era, pues, éste un contrato de gracia, de confraternidad y de mutuo auxilio entre los hombres. Por desgracia, se ha llegado al abuso en esta materia, y este contrato, en vez de llevar el socorro á la miseria, ha sido el medio más eficaz de explotarla.

El mutuo por su naturaleza es gratuíto: mas esto no es de esencia en el mismo; así es que en mayor ó menor cantidad hase consentido, siempre que se pacte un interes ó precio del servicio prestado.

Hase discutido por algunos si en el contrato de mutuo se trasfería al mutuatario la propiedad de la cosa prestada, ó solamente su uso.

Con arreglo á nuestra ley escrita, la cuestion carece en absoluto de importancia, porque la ley de Partidas expresa terminantemente: *Otrosi dezimos que luego que es passada la cosa á poder de aquel á quien es prestada, puede facer della lo que quisiese, bien assi como de lo suyo.*

Consecuencia de este principio es: primero, que el mutuatario sufre el daño que experimente la cosa prestada, por el conocido principio de que las cosas se empeoran y pierden para su dueño. Segundo, que el mutuatario no presta ninguna culpa, pues nadie la presta en cosas propias.

La primera de estas reglas se consigna en la ley con estas palabras: «Tal fuerza ha el préstamo que los omes fazen vnos á otros de las cosas que se pueden contar, pesar ó medir, que luégo que pasa la cosa á poder de aquel á

quien le fué prestada, que maguer la queme fuego ó la leue agua, ó la furten ladrones, ó la pierdan, ó la pierda por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, é non por el otro que la prestó.»

El mutuatario no presta culpa de ninguna clase, lo cual se apercibe con sólo tener presente que su obligacion consiste en devolver otro tanto como le fué prestado, con tal que sea de la misma calidad: «tenudo es de dar á aquel que gela prestó, otra tanta, é tal, é tan buena como aquella que le prestó, maguer ninguna de estas cosas non dixesse señaladamente el que la emprestasse.»

Hemos dicho que el préstamo mutuo ha de consistir precisamente en dinero ú otras cosas que sean fungibles.

Las cosas que se consumen por el uso reciben el nombre de cosas fungibles; pero es necesario hacer una distincion. En primer lugar, el uso de las cosas puede destruírlas poco á poco, como los muebles ó los vestidos, ó puede destruirlos de una sola vez, como sucede con los alimentos. Esta última clase de objetos, cuya destruccion es inmediata al uso, son los que propiamente reciben aquella denominacion. Mas entre estos objetos señalan los autores dos clases de consumo, que distinguen con los nombres de consumo natural y civil: en el primer caso los objetos se destruyen realmente: en el segundo no sucede así, pero cambian de formas, de aplicacion, ó se hacen incapaces de un uso diverso, como sucede con el dinero que circula, ó con el papel que se destina á ser escrito. Cualquiera de estas cosas puede ser objeto de mutuo.

Existen tambien otras cosas que pueden ser ó no ser fungibles, y por consiguiente objeto del mutuo, segun el uso á que se destinen. Así observa Escriche, que no será mutuo el préstamo de un caballo, pero que los animales se convierten en cosas fungibles cuando se destinan á la matanza, y pueden, por lo tanto, ser objeto de mutuo. Así es que un cortador puede tomar prestado de otro cortador un carnero que quiere matar para el abasto de un pueblo, con la obligacion de restituír otro carnero de la misma calidad.

Artículo 1671.—El mutuatario está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, en el tiempo y lugar que hubieren convenido.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1902, Código Francia.—1819 Italia.—1507 Portugal.—1791 Holanda.—653, part. 1.ª, tít. XI, Prusia.—983 Austria.

COMENTARIO

La obligacion que consignamos en este artículo queda explicada suficientemente en el anterior.

El modo, forma, lugar y tiempo en que esta restitucion haya de tener lugar, así como todo lo demas que modifique esta obligacion del mutuatario, es objeto de los artículos siguientes.

Artículo 1672.—A falta de pacto que determine el tiempo para la restitucion, se deberá hacer á voluntad del prestamista, siempre que hayan trascurrido diez días desde que el préstamo se hizo.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. I, Partida 5.ª
Ley 4.ª, tít. XVI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1900, Código Francia.—1826 Italia.—1797 Holanda.—Ley 14 *de regulis juris.*

JURISPRUDENCIA

Los plazos que se conceden al deudor para devolver la cantidad que recibe en mutuo, es un derecho estipulado á su favor para facilitarle el cumplimiento del contrato, y por consiguiente está autorizado para renunciarlo, devolviendo la cantidad que debe, sin que por esto exista novacion de contrato (Sent. 11 Diciembre 1857).

Si se dejase á la voluntad del deudor interpretar la significacion de la palabra «comodidad» puesta en un documento de reconocimiento de un préstamo para la devolucion en entregar parciales de la suma prestada, podía creerse au-

torizado para no pagar la cantidad del préstamo alegando que nunca tenía comodidad para verificarlo, burlando por este medio el derecho del prestamista y haciendo ilusoria la obligacion de pagar lo que había prometido (Sent. 14 Marzo 1871).

El que reconoce por medio de su firma, en documento privado, que ha recibido una cantidad á préstamo y ha prometido pagarla, debe obligársele al pago, toda vez que el que promete, aunque lo haya hecho voluntariamente, puede ser obligado á cumplirlo, segun dispone la ley 13, tít. XI, Partida 5.ª, que trata de las promesas «maguer no sean puesto en ellas dia cierto ó logar, vale la tal promision et el juez del logar deue asmar segund su albedrío fasta quanto tiempo seria cosa guisada poder cumplir lo que prometió» (Sent. 14 Marzo 1871).

Segun la ley 8.ª, tít. I, Partida 5.ª, el que recibe alguna cosa en préstamo está obligado á pagarla en el día que se hubiese señalado en el contrato (Sent. 16 Enero 1872).

Fundándose la demanda en la obligacion suscrita por el deudor, quien reconoció judicialmente su firma y en la que despues de confesar haber recibido del demandante una cantidad se comprometió á devolvérsela á su satisfaccion á los cuatro años de término, ó en su defecto á trasmitir el dominio directo de las fincas que designaba, otorgándole la correspondiente venta; estando vencido el plazo y no pagada la cantidad expresada, dicho demandante tenía su derecho expedito para reclamarla contra los herederos del deudor. La sentencia que absuelve á los demandados de tal demanda infringe la mencionada ley 8.ª, tít. I, Partida 5.ª (Sent. 16 Enero 1872).

El que recibe una cantidad á condicion de devolverla cuando se la reclame el prestamista, queda obligado al cumplimiento de lo pactado (Sent. 24 Febrero 1872).

Si bien la ley 8.ª, tít. I, Partida 5.ª, dispone que las cosas prestadas se paguen el día convenido, esto se entiende cuando el deudor no tiene excepcion alguna que oponer al cumplimiento del contrato, y bajo tal concepto dicha ley contiene sólo una regla ó precepto para evitar el perjuicio que podía seguirse al acreedor si el mutuatario fuese árbitro de fijar el tiempo de pagar; siendo, por consecuencia, inaplicable al caso en que se trata de la procedencia de una excepcion que la léy autoriza, y en virtud de la cual se absolvió de la demanda al deudor (Sentencia 6 Octubre 1874).

La ley 13, tít. XI, Partida 5.ª, sobre el tiempo en que debe ser cumplida la promision, y la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que, cuando en un contrato de mútuo no se hubiera fijado día cierto para la devolucion de la cantidad entregada, debe estarse á lo establecido por aquella ley, de que en los casos de no haberse pactado término para el cumplimiento de una obligacion de esta clase, el juez señalará plazo, segun su albedrío y circunstancias del compromiso; se cumplen exactamente, cuando no teniendo plazo la promision, se señala el de nueve días desde que la sentencia sea firme (Sent. 18 Diciembre 1877).

COMENTARIO

No era posible que el legislador dejase que el prestatario devolviera la cosa prestada en un plazo indefinido, cuando no hubiere recaído pacto acerca de este extremo, pues equivaldría á hacer ilusorio el derecho del mutuante. Por esta razon dispone que, *si el plazo non fué puesto, debegela dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada.*

Parece por el texto de la ley que, otorgado el mutuo sin designacion de día en que debiera hacerse la devolucion del dinero, tan luégo como sean trascurridos diez días, ha de hacerse la devolucion si el mutuante lo reclamare. No es ésta, sin embargo, la interpretacion dada por la jurisprudencia. Segun ésta, á los diez días puede reclamar la devolucion el prestamista, y no ántes, y una vez hecha la reclamacion, se observará lo dispuesto en nuestro artículo 1248 (Tomo II, pág. 42), ó sea la ley 13, tít. XI, Partida 5.ª, es decir, que el juez señalará *segund su albedrio fasta quanto tiempo seria cosa aguisada para poder complir lo que prometió aquel que se obligó. E si entendiere que tanto tiempo es ya passado de que fizo la promision, que la pudiera auer complida si quisiesse, deuele apremiar que la cumpla luego fasta tiempo cierto; señalando vn dia cierto que el tuviesse por guisado á que faga lo que assi prometió.* (Véase la jurisprudencia de este artículo.)

Cuando se haya dejado la designacion del plazo á la comodidad del mutuario, se observará lo declarado por la sentencia del Supremo Tribunal de 14 de Marzo de 1871, que copiamos en su lugar, pues de otro modo podría el mutuatario alegar que nunca tenía comodidad para efectuar el pago, viniendo á ser ilusorio el derecho del mutuante.

Han discutido los intérpretes acerca de si habiéndose prefijado término para la restitucion de lo prestado, podrá el mutuatario verificar ántes de este tiempo la restitucion.

Dada la naturaleza del préstamo, es en nuestro sentir válida la restitucion hecha ántes de cumplido el término, y por ella se liberta el mutuario de pagar más réditos ó intereses.

En algun caso, no obstante, expresan los autores que pudo haberse contraído el préstamo en beneficio exclusivamente del acreedor. Mas esto sería desnaturalizar por completo el contrato, porque el mutuo por su naturaleza es *una manera de gracia* otorgada en obsequio y auxilio del mutuario. (Véase lo resuelto por sentencia de 11 de Diciembre de 1857.)

En cuanto al lugar en que deba hacerse la restitucion, en el artículo precedente hemos dicho que debe efectuarse allí donde se hubiere convenido. A falta de convenio, debe distinguirse si el pago se hace á instancia del acreedor ó *motu proprio* por el deudor. En el primer caso, el mutuante deberá entablar su reclamacion en el lugar competente, con arreglo á las leyes de procedimiento. En el segundo caso se sustentan diversas opiniones. Voet dice que será en el lugar mismo en que se celebró el contrato; mas Pothier distingue entre el préstamo en dinero y el préstamo en otros géneros, optando por el domicilio del deudor en el primer caso, y por el lugar del contrato en el segundo.

Artículo 1673.—Cuando sea imposible restituír otro tanto de la misma especie y calidad entregará el deudor su precio regulado por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitucion, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. I, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 22, tít. I, lib. XII, Digesto.

COMENTARIO

Esta ley ha dado lugar á diversas dudas. En primer lugar, ¿de qué clase de imposibilidad habla la ley? ¿Será preciso que la imposibilidad sea absoluta? El Sr. Gutierrez, que cita como de su opinion á Doneau, Cujas y Troplong, entiende que no ha de ser necesaria una imposibilidad absoluta, bastando para los efectos de esta ley que revista ciertos carácteres de gravedad, como si tuviere que procurarse la cosa que hubiere de restituír, por un precio inmenso.

¿A qué tiempo y lugar deberá atenderse para hacer la estimacion? Si acerca de este particular hubiere pacto expreso, deberá cumplirse; en otro caso la regulacion del precio se hará en el tiempo y lugar en que hubiera de hacerse la restitucion de la cosa.

Artículo 1674.—En los préstamos constituídos en dinero por cantidad determinada, estará obligado el deudor á restituír igual cantidad numérica que recibió, con arreglo al valor legal de la moneda al hacerse el pago.

En los préstamos que se constituyeren en monedas específicamente determinadas, deberá hacerse el pago en la misma especie de monedas, ú otras del mismo valor, peso y ley de las que se prestaron.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de cualesquiera pactos en contrario.

ORÍGENES

Ley 18, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (1642).
Art. 392, Cód. de Comercio.

JURISPRUDENCIA

No siendo, cuando se trata de préstamos de dinero ó de otros valores equivalentes, la especie de la cosa prestada lo que propiamente constituye la materia ú objeto del mutuo, como sucede en el de las otras cosas fungibles, sinó el valor numérico que la moneda ó el papel del Estado representa, la obligacion que al mutuatario corresponde en esta clase de contratos es la de devolver la suma ó cantidad numeraria en ellos expresada, cualquiera que sea el aumento ó depreciacion que así dicha moneda como el referido papel hayan podido tener, á no ser que se hubiese pactado lo contrario (Sent. 27 Octubre 1868).

COMENTARIO

Los préstamos en metálico se rigen por reglas especiales. La ley 18 recopilada, que citamos, no establece precisamente la misma doctrina que este artículo. Mas con arreglo al artículo 392 del Código de Comercio, la costumbre admitida y las opiniones de todos los autores, esta es la doctrina y práctica vigentes. En efecto, prestada una cantidad de 500 pesetas, lo que se debe es esta cantidad, por más que si el préstamo se constituyó en monedas cuyo valor fuere de 20 reales, se alterase despues su valor ó su ley, llegando á valer 21: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem.*

Mas cuando el préstamo se constituyó en monedas específicamente determinadas, se demuestra la intencion de las partes de restituír otras del mismo peso, valor y ley, porque de no ser ésta la intencion de las partes, sería ocioso que hubieren especificado la moneda, y acaso determinado su ley y demas condiciones.

Cuando el préstamo se constituyera en papel del Estado ú otros valores equivalentes, se observará la misma regla. Así, pues, constituído un préstamo en láminas por un capital nominal determinado, el mutuatario deberá restituír el mismo capital nominal, cualquiera que sea la diferencia entre la cotizacion del tiempo en que el préstamo se constituyó y la del en que haya de efectuarse el reembolso; pues del mismo modo que en el préstamo á metálico el aumento y pérdida de la moneda son de cargo del mutuatario, es de cargo del mismo la estima ó depreciacion de los valores en que se constituyó el mutuo.

En cuanto á los cupones que van unidos al papel del Estado, Gutierrez hace la siguiente distincion: si el préstamo es á interes, el prestatario deberá restituír, no sólo el capital, sinó la renta devengada en el tiempo de su duracion, interes que puede ser el mismo de los cupones ó mayor; pero si fué mutuo, el prestatario habrá hecho suya la renta, éste fué su beneficio; cumplirá sus deberes respecto al dueño devolviéndole liso y neto el capital.

Artículo 1675.—El mutuatario está obligado á satisfacer la pena pactada en el contrato si no lo cumplió exactamente, ó á satisfacer los daños y perjuícios que su incumplimiento ocasione al mutuante si no se pactó pena.

ORÍGENES

Ley 10, tít. I, Partida 5.ª

COMENTARIO

El precepto de la ley de Partida, que autorizaba libremente todo pacto que se uniere al préstamo en que se pactare pena para el deudor moroso, fué modificado por las leyes 21 y 22, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que dieron la consideracion de intereses á todas las prestaciones que se otorgaren en favor del acreedor, y los sujetó, por lo tanto, á la tasa legal del interes que en las mismas leyes se establecía. La razon de lo dispuesto en dichas leyes es la misma que da Goyena explicando el art. 1651 del proyecto de Código, en que se consigna idéntica doctrina: «no debe ser permitido por medios indirectos ó simulados más ni ménos que lo permitido por los directos y leales.»

Pero dictada la ley de 1856, que abolió la tasa del interes, la ley de Partidas recuperó todo su valor, sin limitacion ni traba de ninguna especie; así es que la doctrina vigente hoy es la consignada en este artículo, advirtiendo que la graduacion de la pena es completamente libre.

Gregorio Lopez dice que resultando la pena exorbitante en relacion á la falta, aquélla no debería cumplirse. Despues de la ley de 1856, que estudiaremos luégo, no nos parece sostenible esta interpretacion.

Y sin embargo, es un hecho positivo que de estas penas se ha abusado con verdadero escándalo. Nosotros hemos tenido noticia de un caso en que se prestó la suma de treinta duros á un interes crecidísimo, pactándose ademas la pena de veinticinco duros por cada día de los que trascurrieren sin hacer el pago, despues de vencido el breve término que se estipuló; el resultado fué que, finalizado este término, no pudo el deudor satisfacer toda la deuda; por consiguiente comenzó á correr la pena, y ántes de los ochenta días la deuda importaba más de dos mil duros, sin contar con los intereses, que eran cuantiosísimos.

Artículo 1676.—Cuando el mutuo se hubiere contraído por medio de apoderado, todas las obligaciones y responsabilidades á que se refieren los artículos anteriores pesarán sobre el mandante.

La misma responsabilidad adquiere el dueño de una tienda por el préstamo que contrató la persona que tuviere al frente de la misma, si obró con mandato de aquél, y aunque no hubiere mediado mandato, si se convirtió en su utilidad.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. I, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo prevenido en el primer párrafo de este artículo es consecuencia lógica de cuanto dijimos en el título de mandato.

En cuanto al párrafo segundo, su doctrina debe observarse, sin perjuicio de lo que se halle establecido ó en adelante se estableciera en las leyes mercantiles.

Artículo 1677.—El mutuatario no estará obligado á restituír al mutuante la cantidad cuya entrega conste únicamente por documento suscrito por aquél, á no ser que hubiere renunciado este derecho en el mismo documento, ó si el acreedor justificase por otro medio la entrega efectiva del dinero.

En cumplimiento de lo prevenido en el párrafo anterior, el mutuatario puede reclamar la devolucion de aquel documento, ó excepcionar que no ha recibido el dinero, salvo en uno y otro caso la prueba del acreedor.

Las facultades conferidas al mutuatario en este artículo prescriben á los dos años.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. I, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Lo dispuesto en la ley 9.ª, tít. I, Partida 5.ª, que establece la excepcion de *non numerata pecunia*, no puede referirse á los débitos consignados en escritura pública y en la especie de granos (Sent. 11 Junio 1869).

La excepcion *non numerata pecunia*, opuesta oportunamente contra el tenedor de un vale, impone á éste la obligacion de probar la realidad de la entrega ó préstamo en el mismo documento consignado (Sent. 3 Julio 1869).

Cuando no se opone en tiempo la excepcion *non numerata pecunia*, no son aplicables la ley 9.ª, tít. I, Partida 5.ª, ni la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, referente al término, dentro del cual puede intentarse dicho remedio (Sent. 9 Octubre 1869).

Lo dispuesto en la ley 9.ª, tít. I, Partida 5.ª, respecto á los medios de que *aquel que ouiesse otorgado que rescibiera alguna cosa emprestada se puede amparar si gela demandassen*, se refiere exclusivamente al caso en que no le fuese entregada (Sent. 23 Mayo 1867).

No se infringen las leyes 1.ª y 7.ª, tít. XIV, lib. II del Digesto, 1.ª, tít. II, y 7.ª, tít. XXVIII, lib. IV del Código, y la doctrina del Tribunal Supremo relativa á esta materia, cuando la Sala sentenciadora se ha conformado á ellas al apreciar, en vista de las alegaciones y pruebas de las partes, que entre demandante y demandado no medió contrato de préstamo, y que en todo caso, entablada por el primero, entre otras, la accion del dinero no contado dentro del bienio legal, el acreedor no había justificado como le competía la entrega del dinero que expresa el pagaré (Sent. 3 Marzo 1876).

COMENTARIO

Hé aquí las palabras de la ley: «Fiuza é esperanza facen los omes á las vegadas unos á otros de se emprestar alguna cosa: é aquellos á quien facen esta promesa, facen carta sobre sí, ante que sean entregados de ella, otorgando que lo han rescibida, é despues acaesce que les facen demanda sobre esta razon: bien assi como si les oviesen fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciese, dezimos que este que fizo la carta sobre sí, deue esto querellar al rey ó algunos de los otros que juzgasen en su logar: como aquel que le prometió de prestar marauedis, non gelos quiso prestar, nin contar, nin dar, é deue pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él, de los marauedis que le prometió de prestar. E si se callare, que lo non muestre assí, ante que dos años passen, despues que fizo la carta, dende en adelante non podría poner tal querella. E si gelos demandasse despues, sería tenudo de darle los marauedis, bien assi como si los ouiese rescibido. E si ante que los dos años se cumpliesen, lo querellare, segun que es sobredicho, non se-

ria tenudo de respondorle por tal carta, nin de pagarle los marauedis. Fueras ende si el otro pudiere prouar que le auía dado é contado los marauedis, que le prometiera de prestar; ó si el debdor que auía otorgado que auía resceuido los marauedis prestados, renunciase á la defension de la pecunia non contada. Ca estonce non se podria amparar por esta razon, si este renunciamiento atal fuese escrito en la carta.»

De lo consignado en esta ley se deduce:

1.° Que el que firmó haber recibido el dinero puede, si no lo recibió, acudir á los Tribunales, alegando la no entrega del dinero.

2.° Que si el prestamista reclama en virtud de aquel recibo, puede el prestatario alegar ó excepcionar que no recibió el dinero.

3.° Que ni aquella reclamacion ni esta excepcion pueden hacerse si hubieren trascurrido dos años desde que el recibo se firmó.

4.° Que tampoco há lugar á la reclamacion ni á la excepcion si el prestatario renunció este derecho *en la carta*.

5.° Que tampoco tendrán lugar cuando la entrega del dinero conste por ante notario.

6.° Que durante los dos años que marca la ley, la prueba de que verdaderamente hubo entrega del dinero corresponde al prestamista.

7.° Que pasados los dos años, ó dentro de ellos si se renunció á aquel derecho, la prueba de que no hubo entrega corresponde al prestatario.

Esta excepcion se conoce con el nombre de *non numerata pecunia*.

Artículo 1678.—El interes convencional del capital en numerario dado en préstamo, no estará sujeto á tasa de ninguna especie.

ORÍGENES

Artículo 1.°, Ley 14 Marzo 1856.

COMENTARIO

Larga y empeñada ha sido la polémica sostenida por las escuelas y por moralistas, jurisconsultos y economistas sobre la legitimidad del interes primero, y sobre su extension y tasa despues.

¿Qué es el interes? ¿Qué es la usura? Ganar sin causa, responde la teología escolástica: un vicio reprobado por la ley natural, que consiste en hacer fructificar el dinero que de suyo es esterilísimo. Así, pues, «si se prestan algunos dineros ó cualquiera de las otras cosas y se lleva algun interes por prestarlo, lo más que se vuelve de lo que se dió, ó aquella demasía que se recibió, es la usura (1).»

La ilegitimidad del interes se ha fundado, por consiguiente, en que el dinero es infructífero, idea errónea en que han incurrido los moralistas, pero idea cuya falsedad se ha demostrado por las escuelas económicas, haciendo comprender á los que lo negaban, que el dinero es ni más ni ménos que una mercancía, cara ó barata segun la situacion del mercado, y sujeta, por de contado, á las oscilaciones de la oferta y de la demanda. El interes, por lo tanto, es tan legítimo como la propiedad misma.

Los moralistas lo combaten porque desconocen cuál es la verdadera idea de la riqueza, y toman como punto de partida la esterilidad del dinero: las escuelas socialistas combaten de igual modo el interes, porque niegan la propiedad.

Hubo que admitir el interes como justo, legítimo y honesto. Pero ¿debía someterse á tasa?

Algunos Códigos han optado por una tasa legal. Nuestros legisladores acabaron por escribir el principio de libertad tan amplio como pudiera apetecerse. En efecto, la tasa legal del interes es, como hace constar el Sr. Colmeiro, dificultosa, ineficaz y nociva.

¿Qué tipo habrá de tomarse para regular el interes? ¿Puede el legislador sustraer el dinero á la ley del mercado, que pone precio á todas las mercaderías?

La usura,—dice el autor citado,—no retrocedió jamas ante la amenaza de las leyes ni el rigor de las penas. Nunca se prestará con igual rédito á las personas de buena ó mala fama, en los tiempos de paz y en los de guerra, en los días prósperos y en los adversos. Cuanto más severa sea la prohibicion, tanto más redoblan los hombres su astucia para burlarla, y entónces se oculta el prestamista, se otorgan escrituras falsas, se simulan contratos y se envuelven los intereses con el principal. De este modo se consigue borrar las huellas de la usura; el juez sabe que existe, conoce al usurero, y no puede castigarle por falta de pruebas.

Las leyes restrictivas agravan el mal, en vez de remediarlo. La casta de usureros que explo-

(1) P. Mercado: *Tratos y contratos de mercaderes*. cap. VI.

tan impasibles la desgracia, la miseria y la infelicidad ajenas, casta siempre odiada porque lleva escrita en la frente la iniquidad y la deshonra, no logra extinguirse con la tasa ni con la prohibicion, por absolutas que éstas sean.»

Montesquieu ha dicho (1): «que todos los medios honrosos de dar y tomar en préstamo sean abolidos, y al instante se restablecerá una espantosa usura. Las leyes extremadas en el bien, hacen nacer el extremo del mal. Entónces habrá de pagar el mutuatario, no sólo por el préstamo del dinero, sinó por el peligro que correrá el prestamista de incurrir en las penas de esta ley.»

«Los tímidos,—dice el Sr. Colmeiro,—se alejan y abandonan el campo á los atrevidos, con lo cual disminuye la concurrencia de los que ejecutan esta industria, en perjuicio de los que acuden á ellos.»

La tasa del interes fué, por lo mismo, abolida en 1856. El escándalo que ántes de esta fecha daban los usureros no era pequeño. La concurrencia únicamente podrá remediar estos males, que por desgracia, áun en nuestros tiempos, conservan un desarrollo que verdaderamente espanta.

La ley de 1856 se halla en contradiccion con algunas otras leyes del reino, referentes á materias diferentes. Esto ha dado lugar á la siguiente cuestion: la ley de 1856, ¿debe interpretarse por su espíritu, ó por su letra? ¿Debe aplicarse únicamente á los préstamos para que se dictó, ó serán extensivas sus reglas á cualquiera otra clase de contratos?

Hemos oido sustentar opiniones contradictorias, mas no sabemos que la jurisprudencia haya resuelto aún esta dificultad.

Por nuestra parte, hemos conservado en cada caso el precepto de las leyes anteriores á la que comentamos, como, por ejemplo, al hablar del censo consignativo, dijimos que su rédito anual no puede exceder de tres por ciento; al hablar de los salarios de jornaleros y criados, expusimos que devengan como intereses de mora el seis y el tres por ciento.

Si pudiéramos hacer un estudio fundamental de la ley de 1856, hallaríamos que tambien está en oposicion con las leyes que establecen la rescision por lesion en más de la mitad del justo precio, pues siendo el interes respecto del dinero lo que es el precio respecto de las demas cosas que se dan en venta ó en arrendamiento, ó de otro modo, hay contradiccion en afirmar que el justo precio de los objetos puede señalarse, y no puede señalarse el del dinero. Tambien hay contradiccion que sea válido todo convenio sobre el precio del dinero, y no lo sea el pacto sobre el precio de un objeto sinó mediante la condicion de no exceder en más ó en ménos de la mitad del justo precio.

(1) *Esprit des lois*, liv. XXII, chap. XXI.

Artículo 1679.—Podrá pactarse convencionalmente interes en el simple préstamo; pero este pacto será nulo si no consta por escrito.

ORÍGENES

Art. 2.°, ley 14 Marzo 1856.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1905 y 1907, Código Francia.—1804 Holanda.—1392 Vaud.

En Francia, por el decreto de 3 de Setiembre de 1807 y la ley de 19 de Diciembre de 1850, el interes convencional no puede exceder del cinco por ciento en materia civil, y seis por ciento en la comercial. Existe la tasa del interes en Rusia, Suecia, Prusia, Luisiana, Austria, Nueva-York, y en los cantones de Valais, Basilea, Lucerna, Berna, Friburgo, Tesino, etc., etc.

JURISPRUDENCIA

Sólo se deben intereses cuando se pactan expresamente por escrito, segun el art. 393 del Código de Comercio; y segun el art. 2.° de la ley de 14 de Marzo de 1856, si requerido el deudor al pago en cualquiera de las formas establecidas por el derecho, se constituye en mora (Sent. 30 Junio 1877).

Artículo 1680.—Se reputa interes toda prestacion pactada en favor de un acreedor.

ORÍGENES

Art. 3.°, ley 14 Marzo 1856.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 811, sec. 1.ª, tít. XXI, parte 1.ª, Cód. Prusia.

COMENTARIO

En este concepto, toda cláusula penal se tendrá como parte de intereses, y por tanto, no estará sujeta á límite ni tasa de ninguna especie. (Véase nuestro art. 1675.)

Artículo 1681.—Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable á todo préstamo de cosa fungible, cuyo interes consista en un aumento en la misma especie que ha de devolverse.

ORÍGENES

Art. 4.°, ley 14 Marzo 1856.

Artículo 1682.—El año civil es la unidad de tiempo para el cálculo del interes del capital.

ORÍGENES

Art. 5.°, ley 14 Marzo 1856.

COMENTARIO

Ademas de lo prevenido en este artículo, conviene tener presente lo que dispone el 256 del Código de Comercio, que dice: «En todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán el día de veinticuatro horas, los meses segun están designados en el Calendario gregoriano, y el año de trescientos sesenta y cinco días.»

Artículo 1683.—El recibo del capital dado por el acreedor sin reservarse el derecho á los intereses estipulados, extingue la obligacion del deudor respecto de ellos.

ORÍGENES

Art. 6.°, ley 14 Marzo 1856.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1908, Cód. Francia.—1806 Holanda.—2896 Luisiana.—843, sec. 1.ª, tít. XXI, parte 1.ª, Prusia.—1393 Vaud.—Ley 45, tít. III, lib. XLVI, Digesto.—Ley 49, tít. I, lib. XIX, Digesto.

COMENTARIO

Extinguida la obligacion principal, se entiende extinguida asimismo la accesoria, siempre que de una manera expresa no se haya hecho constar lo contrario.

Artículo 1684.—Durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados no pueden devengar interes. Trascurrido el plazo, los líquidos y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, con sujecion á lo dispuesto en el art. 1679 (2.° de la ley).

ORÍGENES

Art. 7.°, ley 14 Marzo 1856.

JURISPRUDENCIA

La ley de 14 de Marzo de 1856 no contraría la facultad de las partes para convenir el interes que ha de abonar el deudor, ni prohibe que capitalizando intereses líquidos y no satisfechos se estipulen de nuevo réditos sobre el aumento de capital (Sent. 2 Abril 1877).

COMENTARIO

No pueden los intereses producir intereses. Se ha dicho que el deudor que no paga los intereses vencidos causa un perjuicio real á su acreedor. El legislador no ha podido autorizar el anatocismo, porque sería dado al más espantoso abuso, pues fácilmente aceptarían esta condicion los prestatarios, puesto que áun cuando por dicho medio se acumularían sumas enormes, se presenta ante ojos poco expertos como de poca gravedad, ántes al contrario, parece sencillísimo y de responsabilidad no muy grande.

Dos cuestiones principalmente pueden producirse en la interpretacion de este artículo.

¿Podrán pactarse en el documento en que se haga constar el préstamo y sus réditos, los intereses que habrán de devengar los intereses vencidos y no satisfechos que se capitalicen despues de trascurrido el plazo?

Ya que no puedan pactarse intereses de intereses con arreglo á este artículo, ¿podrá pactarse pena para el caso en que no se vayan abonando los intereses que venzan?

A la primera pregunta diremos que, en nues-

tro entender, el concepto de la ley es que hasta que llegue el vencimiento del plazo no puede hacerse la capitalizacion, ni convenir ó pactar intereses para el nuevo capital.

A la segunda, nos parece que ha de ser nula la pena si no se quiere que el precepto de este artículo llegue á ser completamente ilusorio.

Artículo 1685.—Al principio de cada año, el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interes legal que, sin estar pactado, debe abonarse por el deudor legítimamente constituído en mora, y en los demas casos determinados por la ley. Miéntras no se fije este interes, se considerará como legal el de 6 por 100 al año.

ORÍGENES

Art. 8.°, ley 14 Marzo 1856.

JURISPRUDENCIA

Es doctrina inconcusa, tanto en el derecho romano como en el patrio, que los intereses de un préstamo se deben, no sólo cuando han sido pactados, sinó cuando, no habiéndolo sido, el deudor se constituye en mora por no devolver la cantidad en el plazo prefijado en el contrato (Sent. 28 Junio 1875).

Segun la ley de 14 de Marzo de 1856, el deudor constituído en mora debe abonar por vía de réditos el 6 por 100 (Sents. id. id., y 11 Octubre de 1875).

La doctrina del pago de intereses del deudor constituído en mora no es aplicable cuando se absuelve por no haberse justificado la obligacion de pagar (Sent. 9 Marzo 1876).

Segun el art. 8.° de la ley de 14 Marzo de 1856 y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, sólo debe pagar intereses el deudor constituído en mora, y cuando se reclama en cantidad líquida (Sent. 15 Febrero 1877).

Al condenar la sentencia al demandado al pago de intereses, suponiéndole constituído en mora, siendo así que no existe deuda líquida hasta que se practique la liquidacion de los gastos que deben serle de abono, segun la misma sentencia, infringe ésta el art. 8.° de la ley de 14 de Marzo de 1856 (Sent. 8 Noviembre 1877).

Segun la ley de 14 de Marzo de 1856 y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, se deben intereses si se pactan expresamente ó se constituye el deudor en mora, y se coloca en esta situacion desde el momento que se le interpela judicialmente al pago de una cantidad líquida; y por tanto, la Sala sentenciadora, al condenar al pago de intereses por una cantidad que debe liquidarse, en las diligencias que se practiquen para la ejecucion de la sentencia, infringe la ley citada y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sent. 3 Julio 1878).

Conforme á lo establecido en la ley de 14 de Marzo de 1856, no pueden exigirse intereses sinó cuando han sido estipulados ó mediase morosidad: y si ninguno de estos extremos consta que existiera respecto á los bienes propios del demandante, ni tampoco aparece la cantidad líquida de ellos, no deben decretarse sinó desde la interpelacion judicial; por lo que mandando la Sala sentenciadora que se abonen desde el día siguiente al de la liquidacion de los haberes, infringe la ley de 14 de Marzo de 1856 (Sent. 31 Diciembre 1878).

COMENTARIO

Despues de las aclaraciones hechas á la doctrina de este artículo por las sentencias del Supremo Tribunal que trascribimos en el lugar correspondiente, resulta suficientemente claro el precepto de este artículo.

Réstanos únicamente añadir, para terminar esta materia de intereses, que la ley de 1856 tiene otro artículo final, en que se dice: «Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores contrarias á las de la presente ley,» y que de acuerdo con este mismo artículo se han dictado, entre otros fallos, los de 12 de Noviembre de 1861, 2 de Octubre del mismo año, 9 de Noviembre de 1864, 4 de Junio de 1867 y 31 de Enero de 1868.

Artículo 1686.—Son nulos los contratos de préstamo hechos á menores de edad, á no probarse cumplidamente que se convirtieran en su beneficio ó utilidad.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. I, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La menor edad no exime de la obligacion cuando se prueba que el préstamo hecho al menor se convirtió en utilidad suya (Sent. 14 Junio 1861).

La ley 3.ª, tít. I, Partida 5.ª, que dispone que lo prestado al menor de veinticinco años no se puede demandar, salvo si se probase que redundó en su pro, no es aplicable cuando el préstamo se hace en virtud de autorizacion judicial, concedida previa informacion de necesidad y utilidad ó interviniendo el curador *ad litem* del menor (Sent. 8 Enero 1869).

Segun la ley 3.ª, tít. I, Partida 5.ª, «lo que fuere prestado al menor de veinticinco años, aquel que lo prestó non lo puede demandar, fueras ende si pudiera probar que el empréstito entró en pro de aquel.» (Sent. 23 Febrero 1877.)

COMENTARIO

Las reglas generales sobre capacidad para contratar son aplicables al contrato de mutuo.

Rigen, sin embargo, algunas leyes especiales, cuya doctrina debemos estudiar.

La contenida en este artículo es sencillísima; «é lo que fuesse prestado al menor de veinte y cinco años aquel que lo prestó, non lo puede demandar, nin lo deue aver, fueras si pudiere probar que el empréstito entró en pro de cada uno de ellos; ca si fuesse fecho en su daño non vale.»

En idéntico caso declara la ley válido el préstamo hecho al rey, á la Iglesia y á las villas y ciudades; mas estas prescripciones no pertenecen verdaderamente al derecho civil.

La ley, en prevision de que fuese difícil justificar que el préstamo se convirtió en utilidad del menor, añade: «E porque podría acaescer que los omes dubdarian en que manera podria ser probado si el emprestido entró en pro de aquel en cuyo nome fué fecho, dezimos que si pudiere probar el que lo prestó... a ome que fuese de menor edad que en aquella sazon que gelo presto era en tan gran premio que lo avia muy gran menester, ó que entró en su pro, vale tal prueba para cobrar la cosa prestada.»

Fundado en estas palabras, opina Gutierrez que la prueba que suministre el acreedor para poder cobrar deberá comprender dos extremos: 1.º, que el préstamo ha tenido lugar en momento de grande apuro para el mutuatario menor de edad; y 2.º, que entró en su pro.

La mayor parte de los autores hacen caso omiso del primer extremo, bastándoles que se justifique la utilidad que se proporcionó al menor. La gran urgencia por sí sólo no sería prueba suficiente para los efectos de esta ley.

Artículo 1687.—El contrato de préstamo celebrado entre dos menores de edad solamente es válido respecto del deudor cuando concurren las circunstancias del artículo anterior.

El celebrado por un menor á favor de un emancipado obliga á éste en todo caso.

ORIGENES

Ley 5.ª, tít. I, Partida 5.ª

COMENTARIO

Cuando entre dos menores de edad se constituye un préstamo, si el prestatario, ó sea el menor que tomó el prestido, «lo metió en su pro, ó le fincó en saluo, tenudo es de lo tornar á aquel que gelo prestó, es decir, si redundó en su utilidad ó no lo disipó; cuyos conceptos no difieren esencialmente.

En cuanto á la obligacion en que está el mayor de edad que recibió prestado de un menor, es tan obvio el precepto, que sería inútil toda explicacion.

Artículo 1688.—El contrato de préstamo celebrado por el hijo de familia sin consentimiento de su padre no obliga á ninguno de los dos, ni al fiador de aquél, á no concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Si el hijo manifestare al hacer el contrato que no estaba sujeto á la patria potestad.

2.ª Si al celebrar el contrato el hijo desempeñaba cargo público, ó era mercader, menestral ó caballero.

3.ª Si se hubiere empleado en utilidad de la persona bajo cuya potestad se halle el mutuatario, ó en dotar alguna hermana de éste.

4.ª Si el padre autorizare al hijo ó consintiera en el préstamo expresa ó tácitamente.

5.ª Si el hijo mayor de veinticinco años y emancipado paga parte del préstamo, en cuyo caso debe satisfacer el resto.

6.ª Si hallándose el hijo fuera de la casa paterna por razon de estudios ú otra justa causa contrajere la deuda para atender á su alimentacion ó para satisfacer los honorarios de sus maestros.

ORIGENES

Leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. I, Partida 5.ª

COMENTARIO

1.º En el caso del apartado 1.º de este artículo, para que el mutuante conserve su derecho contra el menor es preciso que pregunte al mismo si tiene padre ó madre á cuya potestad esté sujeto. Lopez entiende que si hubiere justo motivo para considerarle fuera del poder paterno, no sería precisa la pregunta del mutuante; y lo mismo ha de suceder cuando el menor lo manifieste sin ser preguntado sobre el particular.

2.º En el caso del núm. 2.º, es válido el préstamo, porque desempeñando un cargo público, ó teniendo tienda «creen los omes que este atal que estaba sobre sí, es tenudo de pagar lo que tomare emprestado, maguer esté en poder de otro.»

Lo mismo será cuando el menor fuere *cauallero*, palabra que debe entenderse, segun la opinion comun, en el sentido de militar ó soldado. Mas téngase presente que, en cuanto al militar, el precepto de la ley no debe hacerse extensivo á más que el peculio castrense, respecto del cual tiene la consideracion de padre de familia. Así lo entienden Lopez y la mayor parte de los intérpretes.

3.º No necesita este caso de aclaracion alguna.

4.º La autorizacion de la persona que tiene potestad sobre el menor, puede hacerse de cualquier medio, pues la ley enumera diversos modos de otorgarla, y acaba diciendo: *ó de otra guisa.* La conformidad de aquella persona puede ser anterior ó posterior á la celebracion del mutuo y podrá ser tácita, como si pagase «alguna partida de la debda,» en cuyo caso quedan así obligados el prestatario y la persona bajo cuyo poder se halla.

5.º Cuando el mutuatario, una vez llegado á la mayor edad, reconoce y paga parte de la deuda, no puede negarse á satisfacerla toda, si fuere cierta.

6.º Cuando el préstamo se contrae para cubrir atenciones tan perentorias y justas como la alimentacion y el pago de los maestros, no puede el padre, ó el que tenga potestad sobre el menor, negarse á pagar la deuda, no sólo por que entónces la utilidad del préstamo es inmediata, si no que habiéndose dedicado el dinero á aquellos objetos, desaparecen los peligros de la posible inexperiencia del menor, y por consiguiente el temor del fraude. En lo que la deuda exceda de lo necesario, y áun pudiéramos decir de lo estrictamente necesario para satisfacer aquellas necesidades, no será eficaz.

Discuten algunos autores si esta regla deberá observarse en el caso en que el hijo estudie contra la voluntad de su padre. A nosotros nos parece que no podría lícitamente aceptarse una excepcion en el sentido mencionado, como algunos han pretendido.

Artículo 1689.—Por la deuda que contrajere un estudiante sin consentimiento de su padre ó de la persona que costea sus estudios por préstamo ó por compra al fiado, no quedan responsables éstos, sinó aquél.

ORIGENES

Ley 1.ª, tít. VIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El precepto contenido en el núm. 6.º del artículo anterior debe entenderse en armonía con lo dispuesto en la ley recopilada, 1.ª, título VIII, lib. X, sin que aquella pueda decirse derogada por ésta que dice: «Mandamos que quando alguno prestase dineros ó vendiere fiado á algun estudiante, estante en algun estudio sin voluntad de su padre ó del que allí le tiene á su costa, que no pueda pedir, ni tener recurso contra el padre ni la madre, ni otra persona que lo hubiere allí enviado, ni les pueda citar por ello ante el conservador del estudio ni ante otra justicia alguna, sinó á la misma parte.»

CAPÍTULO III

DEL COMODATO

Artículo 1690.—El comodato puede celebrarse:

1.° En utilidad exclusivamente del comodatario.

2.° En utilidad de comodante y comodatario.

3.° En utilidad exclusiva del comodante.

En el caso primero, el comodatario responderá de la pérdida ó menoscabo que experimenten las cosas prestadas, si se hubiere producido por su culpa ó por no haberlas cuidado con igual ó mayor esmero que si fueren propias.

En el segundo caso solamente responderá de las pérdidas y menoscabos que se ocasionaren por su culpa, ó por no haber empleado igual cuidado que si se tratara de cosas propias.

En el tercero únicamente responderá de las pérdidas y menoscabos que hubiere dejado producirse engañosamente.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. XVI, lib. III, Fuero Real.
Ley 6.ª, tít. XVII, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. II, Partida 5.ª

COMENTARIO

En el artículo primero de este título hemos definido el comodato, asignándole como uno de sus caractéres esencialísimos que haya de ser gratuíto, porque, en efecto, si mediare precio ó renumeracion, se convertiría en locacion ó arrendamiento.

El comodato, dice la ley, puede hacerse en utilidad del comodatario, del comodante y comodatario á una vez, y del comodante únicamente. La misma ley pone ejemplos de estas diversas clases de comodato, que pueden servir para ilustrar su doctrina.

Será en utilidad del comodante «como si emprestase un ome á otro cauallo, arma ó cosa semejante que ouiere menester.»

Será en utilidad del comodante y comodatario á la vez, «como si dos omes convidassen á comer de so uno á un su amigo, é el uno dellos ouiesse vasos de plata é el otro non: é aquel que los non avia, rogase al otro que gelos prestase para fazer honra é placer á aquel su amigo.»

Y por último, será en utilidad exclusiva del comodante «si alguno emprestasse á su esposa ó á su mujer algunos paños preciados porque viniesse ante él más apuestamente é mejor.»

Por el comodato no se trasfiere al comodatario la propiedad de las cosas prestadas, como sucede en el mutuo, sinó que únicamente se adquiere el uso. De aquí que el comodatario esté sujeto á ciertas responsabilidades cuando la cosa se perdiese ó menoscabare.

Cuando el comodato es en utilidad del comodatario únicamente, éste deberá emplear el mayor esmero posible en la conservacion de la cosa, *tan bien como si fuesse suyo propio, é aun mejor, si pudiesse*, por lo cual entienden los autores que ha de prestar la culpa levísima.

En el segundo caso de este artículo, el comodatario *non es tenudo de guardarle más, que faria las sus cosas propias*. A esto llaman culpa leve.

Si el préstamo se hizo en utilidad del comodante, si el comodatario *pierde aquello que*

le prestó, non es tenudo de lo pechar: fueras ende si lo dexasse perder engañosamente. A esto denominan los autores culpa lata.

Artículo 1691.—El comodatario no responderá de la pérdida ó menoscabo que la cosa prestada experimente por ocasion, evento ó caso fortuíto, á no ser que ocurrieren por haberla destinado á un uso, ó haber usado de ella por un tiempo que no debía, ó si lo hubiesen pactado así expresamente.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. II, Partida 5.ª
Leyes 3.ª y 5.ª, tít. XVI, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1881, Código Francia.—1809 Italia.—1782 Holanda.—2870 Luisiana.—1891 Bolivia.—251, parte 1.ª, título XXI, Prusia.—1365 Vaud.—1628 Valais.—1505 Neufchatel.—1824 Friburgo.—Ley 2.ª, título XV, lib. III, Instituta.—Ley 17, tít. I, libro IV, Instituta.—Ley 5.ª, párr. 4.º, tít. VI, lib. XIII, Digesto.

Artículo 1692.—Si en un riesgo, peligro ó caso fortuíto el comodatario salvó todas las cosas de su propiedad, y se perdió sólo la prestada, pagará ésta por entero.

Si únicamente salvó parte de sus cosas, se deducirá á prorata el daño, y esto mismo se observará si salvó la cosa prestada y perecieron las suyas propias en todo ó en parte.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1882, Código Francia.—1810 Italia.—1516 Portugal.—1783 Holanda.—254, parte 1.ª, tít. XXI, lib. I, Prusia.—2871 Luisiana.—1892 Bolivia.—1366 Vaud.—1629 Valais.—1504 Neufchatel.—Ley 5.ª, tít. VI, lib. XIII, Digesto.

Artículo 1693.—El comodatario debe costear de su cuenta los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservacion de la cosa prestada.

Los extraordinarios deberá costearlos el comodante.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. II, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto al segundo párrafo, con: Art. 1890, Cód. Francia.—1521, párr. 1.º, Portugal.—1817 Italia.—1789 Holanda.—981 Austria.—1374 Vaud.—2879 Luisiana.—1900 Bolivia.—Ley 18, tít. VI, lib. XIII, Digesto.

Artículo 1694.—El comodatario puede retener la cosa prestada hasta que se haga pago de las expensas y gastos que deban abonársele con arreglo á la ley.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. II, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 4.ª, tít. XXIII, lib. IV, Cód. Romano.

Artículo 1695.—El comodatario debe restituír la cosa prestada así que termine el uso ó tiempo para que se prestó.

El comodatario que dejare de cumplir lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá ser condenado al pago de las costas y gastos que con tal motivo se ocasionaren. En este caso el peligro de la pérdida de la cosa prestada pertenece al comodatario desde la contestacion á la demanda.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. II, Partida 5.ª

COMENTARIO

La obligacion impuesta por esta ley al comodatario es tan obvia, que no merece explicacion.

A falta del comodatario, la obligacion de restituír pesa sobre sus herederos, quienes debe-

rán devolver la cosa misma, ú otra igual y tan buena ó su estimacion. (Véase el art. 1696.)

Artículo 1696.—Si al enviar el comodatario la cosa á su dueño se pierde por ocasion, por engaño que hiciere un tercero, ó por otra causa análoga, el peligro de la pérdida pertenece al comodante si aquél remitiese la cosa con persona de toda confianza.

Lo mismo se observará cuando el comodante enviare una persona que en su nombre recoja la cosa.

Si el comodatario entrega la cosa á una persona que falsamente se supone autorizada para recibirla, á él pertenece el peligro ó pérdida de la misma cosa.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. II, Partida 5.ª
Ley 7.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.

COMENTARIO

El artículo presente resuelve tres distintos casos:

1.° Si al restituír el comodatario la cosa por medio de una persona de toda su confianza, se destruyere aquella en poder de ésta por caso fortuito ó por engaño que hiciese un tercero.

2.° Si el comodatario restituyere la cosa por medio de una persona que en nombre del comodante, y enviada por éste, se presente á recogerla, y se destruye en poder de dicho comisionado.

3.° Si el comodatario restituyere la cosa por medio de una persona que se le hubiese presentado como autorizada por el comodante para recibirla, y resultare equivocada ó falsa la autorizacion, como si habiendo enviado el comodante recado al comodatario para que con persona de su completa confianza le restituyere la cosa «si este por quien gelo envió á decir cambiase la razon ó dixesse que le enviaba á decir que gela enviase por sí mismo; si este que la tenía lo creyese é gela diesse, si la perdiesse ó se fuese con ella.»

En los dos primeros casos la pérdida es para el comodante; en el tercero para el comodatario, que fué demasiado crédulo.

Artículo 1697.—El heredero del comodatario, ó aquel de los herederos que tenga la cosa prestada, debe restituírla al comodante.

Si la cosa se hubiese perdido por culpa del comodatario ó sus herederos, deben éstos restituír otra igual y tan buena como aquella, ó su estimacion.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. II, Partida 5.ª

Artículo 1698.—Los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa, sólo responderán de su parte, á no haberse obligado á responder solidariamente.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. II, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Segun el artículo 1887, Cód. Francia, si conjuntamente muchos han recibido prestada la misma cosa, son responsables solidariamente para con el acredor. Lo mismo establecen los artículos 1520 Portugal,—1814 Italia, 1788 Holanda, 1897 Bolivia, 2876 Luisiana, y la mayor parte de los Códigos suizos.

Artículo 1699.—El comodante debe manifestar cualquier vicio de que tenga conocimiento que adolece la cosa prestada, y del que se pueda seguir perjuício al comodatario. Si el comodante no cumpliese con esta obligacion, deberá indemnizar al comodatario los daños y perjuícios que por aquellos vicios se ocasionaren.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. II, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1891, Cód. Francia.—1818 Italia.—1521 Portugal.—1790 Holanda.—1901 Bolivia.—2880 Luisiana.—1511 Neufchatel.—1834 Friburgo.—1231 Soleure.—Leyes 17 y 18, tít. VI, lib. XIII, Digesto.

COMENTARIO

El comodato pertenece á la clase de contratos que los jurisconsultos romanos distinguían con el nombre de unilaterales, esto es, que crean

obligaciones solamente respecto de una de las partes. Esto, sin embargo, no es tan absolutamente cierto que no pesen sobre el comodante algunos deberes, de que nos vamos á ocupar.

En efecto: el comodante, despues de haber constituido el préstamo y haber proporcionado el beneficio al comodatario, no debe privarle de él sinó en los términos que se hayan convenido; así, no podrá exigir la restitucion ántes del tiempo por que le prestó la cosa, ó ántes de haber hecho de ella el uso para que se prestó, á no ser que se hubiere estipulado que el comodante pudiera reclamar la cosa tan pronto como tuviera necesidad de ella.

La primera obligacion que señalan las leyes es la contenida en este artículo. El comodante cumple con denunciar los defectos, ó vicios de la cosa; despues de ello, si el comodatario acepta el préstamo, lo hace bajo su responsabilidad.

Artículo 1700.—El comodante á quien el comodatario hubiere abonado el valor de la cosa prestada por haberla perdido, deberá restituír á su eleccion, si encontrase dicha cosa, ésta ó su valor.

Si la encontrare un tercero, el comodatario que abonó el precio puede reclamarla como suya.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. II, Partida 5.ª

COMENTARIO

Nó sería justo que el comodante se quedase, en el caso del artículo, con la cosa y su estimacion. La ley, por lo mismo, impone al prestamista la obligacion de restituír una de ambas cosas, bien que le deja el derecho de eleccion, por lo cual tendrá que pasar el comodatario cuando el mismo comodante encontrare la cosa perdida.

Si la encontrare un tercero, el comodatario podrá reclamarla como suya, puesto que abonó su valor al dueño de la misma.

TÍTULO XV

DEL DEPÓSITO (1)

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DEPÓSITO EN GENERAL Y DE SUS DIVERSAS ESPECIES

Artículo 1701.—El depósito en general es un acto por el que uno recibe la cosa ajena, con la obligacion de guardarla y de restituírla en la misma especie.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tit. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1915, Cód. Francia.—1431 Portugal.—1835 Italia.—1731 Holanda.—957 Austria.—9.°, parte 1.ª, tít. XIV, Prusia.—1399 Vaud.—1671 Valais.—572 Lucerna.—2897 Luisiana.—Ley 1.ª, tít. III, lib. XVI, Digesto.—Tít. XIV, lib. III, Instituta.

COMENTARIO

El depósito es un contrato que descansa por completo en la buena fe que se presume en el depositario y en la confianza que inspira al deponente de que ha de restituír los objetos depositados luégo que se los reclame.

El depósito consiste en *poner de mano en guarda de otro lo que quiere condessar*, ó lo que es lo mismo, el acto por el cual *un ome da á otro su cosa en guarda, fiándose en él.*

En el depósito hay tres requisitos esenciales, que son la tradicion de la cosa depositada, su custodia, y por último su devolucion.

El verdadero depósito se constituye en cosas no fungibles. Puede, sin embargo, constituirse en cosas sujetas á peso, número ó medida, pero entónces se llama irregular, es decir, que no es verdadero depósito, pues reune los carácteres todos del mutuo, á no ser que las cosas fungibles se hubieren entregado cerradas, selladas ó de otro modo tal, que sea forzoso al depositario devolver las mismas cosas y no otras de la misma especie, cantidad y calidad.

El depósito se clasifica en depósito propiamente dicho, y secuestro.

El depósito propiamente dicho puede ser voluntario y necesario. De cada una de estas diversas clases de depósitos nos ocuparemos con la debida separacion.

Artículo 1702.—Hay dos especies de depósito: el depósito propiamente dicho y el secuestro.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, Partida 5.ª

(1) Las leyes de Partida le dan el nombre de *condessijo*.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1916, Cód. Francia.—1732 Holanda.—2898 Luisiana.—1836 Italia.—1400 Vaud.

COMENTARIO

La diferencia entre el secuestro y el depósito propiamente dicho consiste en que este último se constituye, bien por la sola voluntad del depositario, bien por exigirlo un peligro inminente, en tanto que el secuestro se constituye para la custodia y conservacion de una cosa litigiosa y miéntras el pleito se falla definitivamente, ó las partes llegan á una avenencia, ó si por cualquier otro modo se pone término á la cuestion debatida.

CAPÍTULO II

DEL DEPÓSITO PROPIAMENTE DICHO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y ESENCIA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO

Artículo 1703.—El depósito propiamente dicho es un contrato gratuíto por su naturaleza.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1917, Cód. Francia.—1837 Italia.—1432 Portugal.—7.°, lib. IV, capitulo II, Baviera.—969 Austria.—1733 Holanda.—2900 Luisiana.—1930 Bolivia.—1401 Vaud.—2530 Neufchatel.—Leyes 1.ª y 7.ª, tít. III, lib. XVI, Digesto.

COMENTARIO

«Otrosi dezimos, que estonce toma ome en condessijo las cosas quando non recibe precio nin gualardon por guardarlas: ca si lo rescibiesse ó prometiessen de gelo dar, estonce non sería condessijo, mas sería loguero, pues algo señalado toma por la guarda.»

No obstante el precepto de la ley, admiten los autores que pueda intervenir alguna corta remuneracion, como obsequio ó atencion, ó para que sufrague algunos pequeños gastos que se hayan ocasionado, pero nunca como precio.

Artículo 1704.—El depósito es voluntario ó necesario.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 8.ª, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1920, Cód. Francia.—1838 Italia.—1735 Holanda.—2902 Luisiana.—1933 Bolivia.—1404 Vaud.—1542 Neufchatel.—1041 Tesino.—Ley 1.ª, tít. III, lib. XVI, Digesto.

SECCION SEGUNDA

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

Artículo 1705.—El depósito voluntario se constituye sin que dé ocasion á él una calamidad ó peligro.

ORIGENES

Ley 1.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

La diferencia que la ley hace constar entre el depósito voluntario y el necesario ó miserable está, en que el primero tiene lugar *quando alguno sin otra cuita que le acaezca, da á otro en guarda sus cosas*. El segundo, por el contrario, se constituye *quando alguno lo ha de fazer en tiempo de cuita*; «esto seria como si se quemasse ó cayesse la casa á alguno en que tuviesse alguna cosa, ó se quebrantasse la nave en que lo llevasse, ó acaesciendo alguna destas cuitas diese en guarda á otro, á aquella sazon alguna de aquellas cosas que toviesse y por estorcerlas de aquel peligro.»

Como quiera que nuestras leyes señalan algunos efectos diferentes respecto á cada uno de estos contratos, los estudiaremos separadamente.

SECCION TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO

Artículo 1706.—El depositario está obligado á guardar la cosa y restituírla al deponente ó sus herederos siempre que se la pidieren *(a)*.

El depositario debe guardar la cosa con la diligencia que es propia de los hombres ménos cuidadosos, y de manera que no se empeore por su culpa ni por su engaño.

Si se pierde ó empeora la cosa por no haberla conservado con el esmero que ordinariamente emplea un hombre medianamente diligente, no estará obligado á restituír su valor, á no ser en alguno de los siguientes casos:

1.º Cuando en ello hubiere convenido el depositario al hacerse el depósito.

2.º Cuando el depositario mismo hubiere solicitado que se constituya el depósito en su poder.

3.º Cuando recibiere alguna remuneracion por razon del depósito *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 5.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.
Ley 3.ª, tít. III, Partida 5.ª
(b) Ley 1.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.

JURISPRUDENCIA

El depósito regular, salvo pacto en contrario, perece ó desaparece para el dueño á la muerte del depositario, respondiendo éste sólo del dolo ó culpa lata (Sent. 11 Marzo 1863).

Segun determina la ley 5.ª, tít. III, Partida 5.ª, el que recibe la cosa en guarda y sus herederos deben darla al que la dió en guarda ó á los suyos (Sent. 15 Junio 1868).

Las leyes 1.ª y 2.ª, tít. III, Partida 5.ª, establecen que el que recibió en guarda cosa que se puede contar, pesar ó medir, *es tenudo de dar aquella cosa ó otro tanto et atal como aquello que rescibió*. Esta obligacion se extiende á los herederos del depositario (Sent. 12 Mayo 1870).

No tiene aplicacion á las compañías de almacenes de depósito la doctrina sobre que las empresas de los ferro-carriles y las de trasportes responden de los daños y perjuicios que causan por falta de precaucion ó por negligencia, pues sus obligaciones y responsabilidades son de distinta naturaleza que las de aquéllas (Sent. 7 Diciembre 1871).

El depositario de una cosa debe responder de ella conforme á los pactos lícitos que se hubiesen estipulado por los interesados, y en su defecto con arreglo á las obligaciones propias de la naturaleza del contrato (Sent. id. id).

COMENTARIO

Poniendo en relacion la doctrina contenida en este artículo con la que expusimos en el artículo 1226, en que explicábamos las tres clases de culpa que distinguían los autores y las leyes, resulta que el depositario presta ordinariamente la culpa *lata;* pero prestará la *leve* en los tres casos que enumeramos en el presente artículo.

En algun caso está obligado tambien á prestar la culpa levísima, y hasta el caso fortuíto, como diremos en uno de los artículos siguientes.

Artículo 1706.—Cuando el depósito se hubiere constituído en cosa fungible, el depositario adquiere el señorío de ella y deberá restituír otra de la misma especie y calidad.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. V, lib. V, Fuero Real.

COMENTARIO

Hemos dicho que el depósito verdadero se constituía en cosas no fungibles, pues cuando consiste en cosas sujetas á peso, número ó medida, más es mutuo que depósito.

La ley, sin embargo, habla de este depósito, disponiendo que si las cosas fungibles fueren entregadas por *cuenta ó por peso ó por medida, estonce pasaria el señorío á él,* y por lo tanto no estará obligado á restituir la misma cosa, sinó que podrá dar ésta *ó otro tanto é tal como aquello que rescibió, al que gela dió en guarda.* Este depósito es llamado irregular por los autores.

Entendemos que si las cosas fungibles se depositaran cerradas ó con señales, deberán ser restituidas precisamente las mismas, y no sus equivalentes de igual calidad.

Artículo 1707.—El depositario no responderá del daño ó menoscabo que experimente la cosa por evento ó caso fortuíto, á no ser en alguno de los siguientes:

1.° Si así lo hubieren pactado expresamente las partes.

2.° Si habiendo constituído en mora el depositario, se perdiere ó menoscabase la cosa despues de la demanda.

3.° Si el caso fortuíto se produjo por culpa del depositario.

4.° Si el depósito se constituyó en utilidad principalmente del depositario.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

Es preciso que el depositario pruebe que los daños ó perjuicios ocurridos en el depósito provinieron de caso fortuíto, para declararle libre de la obligacion de abonarlos (Sent. 17 Diciembre 1859).

COMENTARIO

El depositario no es ordinariamente responsable de los deterioros ó pérdida que sufra la cosa por evento ó caso fortuíto. El daño entónces pesa sobre el deponente, con tal que el depositario pruebe suficientemente que el menoscabo acaeció por caso fortuíto.

La ley admite cuatro excepciones á este principio general. No necesitamos explicar estos cuatro casos.

Unicamente añadiremos que los autores extienden el precepto de la ley sobre los casos en que debe prestarse el caso fortuíto, al caso en que los menoscabos se hubieren producido por no haber obrado el depositario con el esmero de los hombres más cuidadosos; esto es, que prestará la culpa levísima en los mismos casos enumerados en este artículo y en los cuales ha de responder del caso fortuíto.

Artículo 1708.—La cosa depositada ha de ser devuelta con todos sus frutos y accesiones.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1936, Cód. Francia.—1755 Holanda.—2919 Luisiana.—1420 Vaud.—Ley 1.ª, párr. 24, tít. III, lib. XVI, Digesto.

COMENTARIO

La primera obligacion del depositario hemos dicho que es conservar la cosa en el modo y forma que dejamos consignado en los artículos anteriores.

La segunda obligacion es restituír las cosas depositadas en el momento en que lo reclamen, bien el depositario, bien sus herederos en su caso.

La devolucion deberá hacerse en el lugar convenido; en este caso los gastos que ocasione la traslacion serán de cargo del deponente.

No habiéndose designado lugar para la devolucion, deberá hacerse, en sentir de unos autores en el lugar donde se celebró el contrato, y segun la opinion de otros, en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya en ello malicia de parte del depositario. En este sentido resuelve la cuestion el proyecto de Código, copiando la ley 12, párr. 1.°, tít. III, libro XVI, Digesto.

En cuanto al tiempo, el depósito debe ser restituído al deponente cuando quiera que lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo ó tiempo determinado para la restitucion; pues suponiéndose el plazo puesto en favor del deponente, éste puede renunciar á su beneficio.

Cuando el deponente fuere un menor, una mujer casada ó una persona incapaz, la cosa deberá devolverse al padre, marido ó guardador en cada caso. Si el depósito se constituyó por el representante legal de una persona de las citadas, la restitucion deberá hacerse al mismo representante legal, si durare la incapacidad, ó al que en defecto de él tuviere aquel carácter.

Artículo 1709.—Cuando la restitucion hubiere de hacerse á los herederos del deponente, cada uno no podrá reclamar más que la entrega de la porcion que le corresponda en virtud de su título hereditario.

Si la cosa no fuere susceptible de division, se entregará á todos si juntos la reclamasen, y en otro caso, al que la hubiere demandado, previa la fianza que deberá otorgar éste.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El precepto de esta ley es sencillo y claro. Puede, sin embargo, dar lugar á la duda de si, depositada una cantidad de dinero bajo un saco lacrado, podrá el depositario romper el sello para distribuir entre los herederos la cantidad depositada, ó si la apertura habrá de hacerse ante todos los herederos. Esto último parece lo más pertinente, sin perjuicio de que en casos urgentes baste la presencia del juez para aquella operacion.

En cuanto al caso en que la cosa fuere indivisible, deberán reunirse los herederos para recibirla: «é si se no quisieren ayuntar, el que lo demandare dé buenos fiadores al que lo toviere, que le redrará de quien quier que gelo demandare, é dégelo.»

Artículo 1710.—El depositario que se negare á restituír la cosa depositada deberá abonar las costas, daños y menoscabos que se ocasionaren, y los frutos que produjere aquélla, aunque no las utilidades que el deponente hubiera podido obtener.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

La razon de esta ley está en la naturaleza misma del contrato de depósito, que se funda en la confianza y buena fe de los hombres. La falta cometida por el depositario es por esta razon doblemente censurable.

La obligacion de restituír las cosas depositadas es tan sagrada y respetable, que la ley no ha podido ménos de imponer al depositario el gravámen de abonar los daños que ocasionare.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que el depositario pueda incurrir, conforme á lo prevenido en el Código Penal.

Artículo 1711.—Lo dispuesto en el artículo 1691 para el comodato, es igualmente aplicable al depósito (1).

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. V, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 4.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.

Artículo 1713.—El depositario no puede retener la cosa depositada á pretexto de que el deponente le debe.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.
Ley 5.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

El depositario no puede convertir en prenda lo que se le entregó como depósito, ni puede establecer compensacion entre la cosa depositada y la que el deponente le debiera: «ante deuele luego entregar della, é despues desto puedele demandar aquello que le debiere.» Ca no es derecho,—añade la ley del Fuero,—que pues que él se creyó por él, que gela tenga por deuda, ni por otra cosa.»

Artículo 1713.—Nadie está obligado á devolver al deponente loco, miéntras permanezca en este estado, el arma que recibió en depósito.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. III, Partida 5.ª

Artículo 1714.—Tampoco estará obligado el depositario á devolver la cosa al deponente cuando, habiéndola éste hurtado, la reclamare el verdadero dueño é intentase probar que le había sido sustraída por aquél, en cuyo caso diferirá el depositario la devolucion hasta la resolucion del asunto.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 6.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.

Artículo 1715.—El que recibe en depósito una cosa que le ha sido hurtada, no está obligado á restituírla al deponente.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XV, lib. III, Fuero Real.
Ley 6.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

La doctrina contenida en estos tres últimos artículos es tan justa y al mismo tiempo tan sencilla, que sería ociosa toda explicacion.

La santidad del depósito, que exige que sea devuelta la cosa al deponente tan luégo como la reclamare, sin que el depositario pueda demorar la restitucion bajo ningun pretexto, ni exigirle justificacion sobre la propiedad de los objetos depositados, ha hecho necesaria una aclaracion de la ley para los casos que ésta decide, pues hubiera sido desventajoso y hasta perjudicial conservar íntegro aquel precepto general.

En efecto: restituír al ladron el objeto robado cuando su dueño lo reclamare, ó cuando éste es el mismo depositario, sería, sobre absurdo, injusto. El que alegue ser dueño de la cosa, ya sea un tercero, ya sea el mismo depositario, deberá justificar oportunamente su dominio.

Artículo 1716.—La obligacion de restituír la cosa pesa sobre el Prelado ó el Cabildo cuando con su conocimiento se hubiere constituído el depósito en lugar sagrado.

Si el depósito se hubiere constituído en poder de uno de los individuos de la Iglesia ó monasterio sin conocimiento de los demas, sólo aquél quedaría obligado, á no ser que el depósito fuere en utilidad de la Iglesia, en cuyo caso estarían todos obligados.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. III, Partida 5.ª

(1) Art. 1691, pág. 359.

SECCION CUARTA

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPONENTE

Artículo 1717.—El deponente está obligado á reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservacion de la cosa depositada y á indemnizarle de todos los perjuícios que se le hayan seguido del depósito.

ORÍGENES

Ley 10, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1947, Cód. Francia.—1862 Italia.—1450 Portugal.—1765 Holanda.—967 Austria.—20, parte 1.ª, tít. XIV, Prusia.—1431 Vaud.—1568 Neufchatel.—1061 Tesino.—1885 Friburgo.—2931 Luisiana.—1961 Bolivia.—Ley 5.ª, tít. III, lib. XVI, Digesto.—Leyes 8.ª y 23, tít. III, lib. XVI, Digesto.

COMENTARIO

Siendo el depósito un contrato gratuito por su naturaleza, no crea, respecto del deponente, otra obligacion que la de indemnizar al depositario de los gastos que haya sufrido con ocasion del depósito. Esta obligacion comprende, no solamente las *despensas* necesarias hechas en la conservacion de la cosa, sinó tambien cualesquiera otros perjuicios que se hayan irrogado al depositario por razon del mismo depósito. Basta, para convencerse de ello, recordar que algo análogo se establece en el artículo 1711, y así se desprende tambien del ejemplo que pone la ley 10 que comentamos.

Para cobro de estos gastos y perjuícios no podrá el depositario retener la cosa depositada, segun hemos dicho en uno de los artículos anteriores.

SECCION QUINTA

DEL DEPÓSITO NECESARIO

Artículo 1718.—Depósito necesario es el que se hace por ocasion de alguna calamidad, como incendio, inundacion, naufragio ú otras semejantes.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1949, Cód. Francia.—1740 Holanda.—1864 Italia.—1939 Bolivia.—2935 Luisiana.—1433 Vaud.—1705 Valais.—1570 Neufchatel.—Ley 1.ª, pár. 3.°, lib. XVI, Digesto.

COMENTARIO

El depósito necesario ó miserable tiene lugar cuando, «veyéndose un ome muy cuytado de fuego que le quemasse la casa do touiesse sus bienes, ó de avenidas de aguas que viniessen, que gela leuaría; ó si los touiesse en algund nauio que estouiesse en ora, ó en manera de peligrar; é por alguno destos embargos, ó por algunos semejantes dellos, diesse alguna cosa de aquellos que temía que se le perderían, en guarda á otro.»

El proyecto de Código reputa tambien como depósito necesario ó miserable el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones, siendo los fondistas ó mesoneros responsables de ellos como tales depositarios, con

tal que se hubiese dado conocimiento á los mismos ó á sus dependientes de los efectos introducidos en su casa.

Por nuestras leyes de Partida esto no constituye un depósito, sinó un arriendo; por lo mismo, al hablar del arrendamiento nos hemos ocupado de la responsabilidad que en su caso pesa sobre los fondistas y posaderos.

Artículo 1719.—El depositario que se negare á la devolucion de un depósito necesario, deberá restituír el duplo de la cosa depositada, si el deponente prueba la constitucion del depósito.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

Si respetables y sagradas son las obligaciones que pesan sobre el depositario en todo caso, todavía lo son más cuando el depósito, en vez de constituirse por la libre voluntad del deponente, tuvo lugar por la fuerza de la desgracia ó del accidente ocurrido, que obligó al que la sufrió á poner sus cosas en poder de quien pudiera salvarlas.

El depositario que no devuelve aquellas cosas que se entregaron á guardar, se apropia las cosas ajenas; mas cuando el depósito ha sido necesario, sobre aquel abuso ó acaso delito, hay el abuso que supone el haberse prevalido de la ajena desgracia y de la premia y angustiosa situacion en que se hallaba el deponente.

Por eso la ley trata con más rigor al depositario en este caso, que en los demas.

Debemos, sin embargo, advertir que las penas del duplo no se hallan en uso, segun expresan los autores. No se olvide tampoco, en cuanto á la responsabilidad en que pueda incurrir el depositario, sea ó no el depósito miserable, lo dispuesto en el art. 548 del Código Penal; pues con arreglo á él se considerará estafador el que en perjuicio de otro se apropiare ó distrajere dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito.

Algunos han creído que el delito que el depositario cometía en este caso era hurto, lo cual no es cierto. Las diferencias que separan uno y otro delito no tienen cabida en este libro.

CAPITULO III

DEL SECUESTRO

SECCION PRIMERA

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE SECUESTRO

Artículo 1720.—El secuestro es convencional ó judicial.

ORÍGENES

Proemio y ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. III, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1955, Cód. Francia.—1869 Italia.—1767 Holanda.—1439 Vaud.—1710 Valais.—1576 Neufchatel.—1892 Friburgo.—2941 Luisiana.—1962 Bolivia.—Leyes 6.ª y 17, título III, libro XVI, Digesto.—Ley 5.ª, título XXXIV, lib. IV, Cód. Romano.

COMENTARIO

Secuestro es el depósito de una cosa litigiosa durante el tiempo del pleito ó juicio en que se ventilen los derechos de las partes que alegan algun derecho sobre aquella cosa.

Cuando el depósito se constituye por la sola voluntad de las partes, se llama convencional.

Cuando se constituye por mandato judicial, recibe esta última denominacion.

SECCION SEGUNDA

DEL SECUESTRO CONVENCIONAL

Artículo 1721.—El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga á devolverla, terminado el pleito, á la persona que en definitiva deba obtenerla, ó segun lo convenido por las partes ántes ó despues de haberse constituído.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 5.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1956, Código Francia.—1870 Italia.—1768 Holanda.—1440 Vaud.—2942 Luisiana.—Leyes 6.ª y 17, tít. III, lib. XVI, Digesto.—Ley 110, tít. XVI, lib. L, Digesto.

Artículo 1722.—El secuestro convencional se gobierna por las reglas del depósito propiamente dicho.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª

COMENTARIO

El secuestro convencional no se diferencia esencialmente del depósito voluntario. Asi es que las mismas reglas del uno son al otro aplicables, salvo las modificaciones que establece el artículo anterior, y que son:

1.º Que el secuestro no terminará sinó con la decision del litigio, á no ser que las partes interesadas convengan cese, ó así lo declare el Juez ó Tribunal en virtud de causa legítima.

2.º Que la restitucion no se hace á los deponentes, sinó al que de ellos deba obtener la cosa, en consecuencia del fallo ó transaccion que ponga término al litigio.

El Sr. Gutierrez señala ademas otras dos diferencias, que son:

1.ª Que el secuestro puede no ser gratuíto, sin que por esto degenere en contrato distinto.

2.ª Que el depositario tiene la posesion de los bienes en nombre de aquel á quien se adjudiquen por sentencia ejecutoria.

La Serna y Montalvan contradicen la opinion de los que afirman que entre el depósito voluntario y el secuestro hay la diferencia de que en el primero el deponente conserva la posesion y propiedad de las cosas depositadas, en tanto que en el segundo pasa al secuestrario la posesion de los bienes, pues semejante diferencia la encuentran en oposicion con los principios legales.

Segun ellos,—dicen,—la posesion supone en el que posee creencia de ser dueño de la cosa, y ésta no puede presumirse de ningun depositario, que sólo tiene lo depositado á nombre de otro, y no en virtud de *tenencia derecha*, ó sea de justo título traslativo de dominio.

SECCION TERCERA

DEL SECUESTRO JUDICIAL

Artículo 1723.—Podrá decretarse el secuestro ó depósito judicial de las cosas litigiosas:

1.° Cuando la cosa sobre que se litiga es mueble y el demandado persona sospechosa, de quien se teme que la altere, la empeore ó la maltrate.

2.° Cuando el poseedor de la cosa litigiosa apeló de la sentencia dada contra él y se teme que empeore la cosa ó disipe los frutos.

3.° Cuando la mujer reclama del marido que malversa sus bienes la devolucion de la dote ó su administracion por personas de confianza.

4.° Cuando el hijo preterido ó desheredado sin causa reclame su parte legítima, obligándose á traer á colacion lo que hubiere recibido, pues miéntras lo cumple en el plazo que el juez le señale, deberán secuestrarse los bienes que formen su legítima.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Limitado el secuestro que prescribe la ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª, á los seis casos taxativos que la misma menciona, la sentencia que no le otorga en cualquiera otro, no infringe dicha ley (Sent. 8 Octubre 1863).

Al establecer la ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª, los casos taxativos en que pueden ser puestas en *fieldad* ó secuestro las cosas litigiosas, requiere en el segundo de los mismos, como requisito para ello indispensable, que el demandado sea persona sospechosa y se tema por tal motivo que trasponga, empeore ó malverse la cosa mueble que sea objeto del litigio. No puede reputarse al demandado como sospechoso en el sentido de esta ley cuando, no versando el pleito sobre cosas inmuebles, sinó tambien sobre bienes raíces, el mismo demandante le reconoce con derecho á la particion en ellos, lo cual supone en aquél el arraigo suficiente para responder del resultado del juicio; ni este puede ser en su día ilusorio, que es el objeto esencial de la misma ley cuando existe la garantía de haberse hecho la anotacion preventiva en el Registro de hipotecas establecido con igual objeto. Por consecuencia, la sentencia que en este caso desestima el secuestro, no quebranta la citada ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª, ni tampoco infringe la ley 66 de Toro, ó sea la 5.ª, título XI, lib. X, Nov. Rec., la cual se contrae únicamente á los casos en que se pretenda que el deudor arraigue por demanda de dinero que le sea puesta (Sent. 5 Octubre 1868).

COMENTARIO

Cuando el depósito de la cosa litigiosa se hace por auto del Juez ó Tribunal, recibe el nombre de secuestro judicial.

La ley de Partida enumera los casos en que procede el secuestro judicial. A los consignados en nuestro artículo agrega otros dos, que son el mutuo acuerdo de los litigantes y el caso de esclavitud. Este último carece de aplicacion; el primero nos ha parecido ocioso consignarlo, pues de todos modos el acuerdo de los litigantes de que sea depositada la cosa litigiosa es válido, con arreglo á los principios generales de la ley, y conforme á lo establecido en la Seccion anterior.

Téngase presente, al tratar del secuestro judicial, que la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 931 y 932) autoriza al juez para decretarlo en los dos casos siguientes: 1.°, cuando haya recelo de que si no se verifica el secuestro, llegarán á las manos las partes: 2.°, cuando hay lugar al embargo de bienes del deudor, aunque sea preventivamente.

Por último, no se olvide que la ley Hipotecaria, en su art. 42, dispone que «podrán pe-

dir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente:

«Cuarto. El que demandando en juício ordinario el cumplimiento de cualquiera obligacion, obtuviere, con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenacion de bienes inmuebles.»

Artículo 1724.—El secuestro ó depósito judicial debe constituírse en personas probas y abonadas *(a)*.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrán ser depositarios el juez ni el escribano que entendieren en el litigio *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 1.ª, tít. IX, Partida 3.ª

(b) Leyes 1.ª y 9.ª, tít. XVI, lib. XI, Novísima Recopilacion.

Artículo 1725.—Ninguna persona puede eximirse del cargo de depositario judicial, á no hallarse asistido de causa legítima.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 9.ª, tít. XVI, lib. XI, Nov. Rec.

COMENTARIO

Cuando el secuestro es de bienes inmuebles, se nombra, lo mismo que en los casos de embargo, un administrador judicial.

Las cantidades secuestradas en metálico se depositan en la Caja de Depósitos ó en el establecimiento público que hubiere destinado al efecto.

Los objetos muebles se entregarán á la custodia de un secuestrario ó depositario.

Artículo 1726.—El secuestro terminará únicamente por mandamiento judicial.

El tiempo en que las cosas se hallen en secuestro no corre para la prescripcion, salvo pacto en contrario.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. IX, Partida 3.ª

COMENTARIO

«Tanto tiempo deuen tener los fieles la cosa en su poder, cuanto touieren por bien los jueces que gelo mandaron ó pusieron las partes á la sazon que la pusieren en fieldad.»

En cuanto á lo dispuesto en el segundo párrafo añade la ley: «este tiempo nin faze pro ni daño á ninguna de las partes, para poderla ganar ni perder por tiempo.»

El pacto en contrario será válido y eficaz, pudiendo en su virtud prescribir la cosa aquella parte á cuyo favor se hiciere el pacto.

Artículo 1727.—El dueño de las fincas constituídas en secuestro judicial puede atender á su cuidado y cultivo; pero los frutos que produzcan han de depositarse hasta la terminacion del litigio.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XVIII, Ordenamiento de Alcalá.
Ley 1.ª, tít. XXV, lib. XI, Nov. Rec.

COMENTARIO

El objeto de esta ley es evitar los daños que puedan sufrir las heredades durante el secuestro, pues el poco cuidado, y el cultivo hecho con poco esmero, causan perjuícios á las fincas; por eso la ley dice: «mandamos que no incurra en pena el dueño de las heredades y casas por las hacer labrar y reparar.»

En cuanto á los frutos que se produzcan, deberán ponerse «en fieldad á costa de los frutos hasta que sea determinado quién los debe haber.»

TÍTULO XVI

DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS Ó DE SUERTE

CAPITULO PRIMERO

DEL JUEGO Y DE LA APUESTA

Artículo 1728.—En los juegos permitidos de naipes y en los de pelota, trucos, billar y otros que no sean de suertes y azar, ni intervenga envite, el tanto suelto que se jugare no podrá exceder de veinticinco céntimos de peseta, y toda la cantidad de ochenta y dos pesetas cincuenta céntimos (1), aunque sea en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos jugadores.

ORÍGENES

Art. 6.°, Ley 15, tít. XXIII, lib. XII, Novísima Rec. (1771).

COMENTARIO

Dase el nombre de contratos aleatorios ó de suerte á todas aquellas convenciones cuyos efectos dependen, en cuanto á las pérdidas y ganancias, de un hecho incierto. Cuando el acontecimiento que ha de resolver sobre las pérdidas ó ganancias no sea incierto para ninguna de las dos partes, el contrato no será aleatorio, sinó de alguna de las clases que hemos estudiado ó será innominado. Si el acontecimiento fuere incierto para una parte y cierto para la otra, esta última habrá cometido una estafa.

Entre los contratos aleatorios se cuentan el de seguros, que pertenece, segun nuestro Derecho vigente, al Código de Comercio, el juego y apuesta, y la renta vitalicia.

Del contrato de seguros no nos ocupamos, pues carecemos de leyes civiles que les regulen. En el Código de Comercio se halla lo referente á los seguros, así terrestres como marítimos.

El juego ha sido dividido en tres clases, segun que su éxito dependía de la habilidad ó destreza de los jugadores, ó del azar, ó de una y otra cosa combinadas.

Segun los escritores de derecho natural, todo juego es lícito como una donacion recíproca, hecha bajo cierta condicion.

El juego, como simple distraccion y recreo,—dice Goyena,—nada tiene de ilícito ni odioso; pero esto no se verifica en los de azar, que ni ejercitan el espíritu ni el cuerpo, ni son propios para el esparcimiento; su móvil y objeto no es otro que una codicia desordenada y funesta: en los primeros debe limitarse el legislador á evitar el abuso y excesos, habida consideracion á la cantidad y á las personas: los segundos, de

(1) Equivalentes á 30 ducados.

un orígen siempre reprensible y de consecuencias desastrosas, deben ser proscritos enteramente. En estos juegos no se puede ser feliz sinó con el infortunio de otros: todo sentimiento natural se halla ahogado, y todo vínculo social roto entre los jugadores. Cada uno de ellos forma el voto inhumano ó impío de prosperar á expensas de los otros, y se ve reducido á maldecir la buena suerte de ellos y á no complacerse sinó en su ruína.

El juego es uno de los inconvenientes inseparables de las grandes sociedades, uno de los males incurables contra los cuales no hay más que paliativos, mas esto no puede servir de excusa para una tolerancia que es siempre perniciosa. «Porque no pueda extirparse de raíz el mal, pregunta un notable publicista, ¿debe el legislador descuidar los medios de atenuarle?» No debemos sobre esto acusar á nuestras leyes, añade un jurisconsulto inglés, sinó á la negligencia de los magistrados en ejecutarlas.

Los juegos de azar, malos por sí mismos y peores aún por las funestas consecuencias que les acompañan, se hallan prohibidos por nuestras leyes, y castigado su ejercicio por el Código Penal.

Tratándose, pues, de juegos ilícitos, no tienen los jugadores accion para reclamar lo que hubiesen ganado; mas los perdidosos podrán repetir por lo que hubieren pagado, como veremos en uno de los artículos siguientes.

Cuando los juegos no son de envite ó azar, las ganancias que en ellos se hicieren son lícitas, y deben, por consiguiente, ser abonadas á los gananciosos. La ley, sin embargo, las pone un límite, para evitar que el lícito pasatiempo pueda convertirse en afan de ganancias, y en vez de un fin honesto, resulte un fin ilícito.

Dudan los autores que esta tasa de la ganancia se observe en la práctica.

Artículo 1729.—Se estiman nulas las traviesas ó apuestas, aunque sea en los mismos juegos permitidos.

ORÍGENES

Art. 6.°, ley 15, tít. XXIII, lib. XII, Nov. Rec.

COMENTARIO

Las traviesas ó apuestas revisten el mismo carácter que las demas cantidades que median en el juego. Por consiguiente, cuando se hagan sobre un juego ilícito, no pueden ménos de ser punibles. No parece que deben tener este carácter cuando se hacen sobre juego lícito, con tal que no excedan del tanto que la ley consiente para los mismos juegos. Así lo entiende el Proyecto de Código. Pero la ley recopilada declara nulas en todo caso las traviesas ó apuestas, áun cuando su decision dependa de un juego permitido.

Artículo 1730.—No será valido el juego de alhajas, prendas ú otros cualesquiera bienes muebles ó raíces, cualquiera que sea la cantidad en que mediaren, así como el juego á crédito, al fiado ó sobre palabra, entendiéndose de esta especie aquellos en que se usare de tantos y señales que no sean dinero contado y corriente y que correspondan á lo que se ganare ó perdiere.

ORÍGENES

Art. 7.°, ley 15, tít. XXIII, lib. XII, Novísima Recopilacion.

COMENTARIO

Cuando el juego se hace con tantos ó señales, en vez de dinero contado, ó cuando median alhajas ú otros cualesquiera objetos muebles ó raíces, es más fácil burlar el precepto de la ley, que no permite que exceda de 30 ducados el máximum de lo que se juegue. Lo mismo sucede cuando se juega bajo palabra ó al fiado. La ley los condena como medios de eludir sus preceptos.

Artículo 1731.—Las cantidades perdidas en juegos prohibidos, ó las que excedieren del tanto y suma señalada en los permitidos, así como las prendas, bienes ó alhajas ó cantidades al fiado, á crédito ó sobre palabra, ó con tantos, no se deberán por los que las perdieren, ni podrán hacerlas suyas los que las adquirieran por estos medios ilícitos y reprobados. En su consecuencia, los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras y otros cualesquiera resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas, son nulos y de ningun valor y efecto, debiendo restituírse á los deudores que lo

pidieren las cantidades que hubieren pagado á los gananciosos.

ORÍGENES

Art. 8.°, Ley 15, tít. XIII, lib. XII, Nov. Rec,

JURISPRUDENCIA

Es impertinente la cita como infringida por la sentencia que manda pagar la cantidad adeudada de las leyes 8.ª, 9.ª y 15, en su párr. 8.°. tít. XXIII, libro XII, Nov. Rec., porque en ellas sólo se habla de los juegos prohibidos y de la cantidad que puede jugarse en los permitidos, y se prohibe el hacerlo á crédito ó al fiado, relevándose ademas á los jugadores y á sus fiadores de la obligacion de pagar lo que pierdan en este último concepto, si el demandante no jugó con el demandado, á juicio de la Sala, ni por consiguiente pudo ganarle cantidad alguna (Sent. 23 Junio 1873).

COMENTARIO

Las cantidades perdidas en los juegos prohibidos y las que excedieren del tanto que consiente el art. 1728, no deberán ser satisfechas á los gananciosos.

Si estas cantidades hubieren sido satisfechas, podrá ser reclamada su devolucion por los que las hubieron perdido y pagado.

Este precepto resulta ineficaz en la práctica. «Rarísimo será el caso,—dice el autor de las Concordancias,—en que se haya hecho uso de este derecho: un falso ó verdadero punto de honor ha prevalecido y prevalecerá siempre, sin distincion de tiempos ni países, contra el frío cálculo del legislador.»

El proyecto de Código establecía que el que perdiere no pueda repetir lo que haya pagado voluntariamente, excepto en caso de fraude; cuya disposicion justifica Goyena diciendo: «Si el jugador, más severo para sí mismo que la ley, se ha creído obligado; si fiel á su pasion y delicado hasta en su extravío, ha obedecido á su conciencia, ¿cómo contradecirle y reformar un juicio voluntario y justo, puesto que en último resultado el perdidoso no hace más que tratarse á sí mismo como él habría tratado en el caso contrario? Estas y otras consideraciones, unidas al derecho que todo hombre tiene de usar, y hasta de abusar de su propiedad, justifican esta parte del artículo.»

CAPÍTULO II

DE LA RENTA VITALICIA [1]

Artículo 1732.—La renta vitalicia podrá constituírse por una sola vida ó dos, y no por tres ó más.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec. (1583).

Nota 2.ª á la misma ley (ó sea la 12, tít. XV, lib. V, Nueva Rec. (1608).

COMENTARIO

Es la renta vitalicia un contrato por el cual una de las partes se obliga á satisfacer á la otra cierta pension ó rédito anual durante la vida de ésta ó la de dos personas, cuando más. Este contrato puede ser gratuito y oneroso, segun que se constituye á manera de donacion, ó que la parte que ha de recibir la pension anual, haya entregado, al que ha de satisfacerla, una cantidad en metálico ó una finca, como precio del derecho á percibir la pension.

Tambien puede constituírse la renta vitalicia en favor de un tercero.

Ha de constituírse en favor de una persona

(1) Recibe más comunmente la denominacion de *Censo vitalicio*, y tambien las de *Fundo vitalicio* y *Fundo muerto ó perdido*, y en Cataluña se denomina *Violario*.

que viva en el momento del contrato; por consiguiente, si un tercero constituyó la renta creyéndola viva, si resultase que en aquella sazon habia muerto, el contrato no produce efecto alguno, pudiendo, por lo mismo, el que entregó la finca ó la cantidad repetirla, porque en realidad se entregó sin causa.

Escriche hace extensiva esta doctrina al caso en que la renta se constituya por la vida de una persona que se halle gravemente enferma, y muera efectivamente de la misma enfermedad, en atencion á que ha habido un error grave, que vició el consentimiento; siendo claro que si las partes hubieran sabido el estado de la persona por cuya vida se quería establecer la renta, no habrían hecho la convencion.

En la renta vitalicia, la pension no significa el pago de los intereses ó productos de la finca ó del capital, sinó que á la vez es precio en virtud del cual el que satisface la pension se hace dueño del capital ó finca que le fueron entregados.

En este contrato obtienen lucro las dos partes, ó á lo ménos las dos esperan obtenerlo. El que recibe la pension se lucra porque durante su vida percibe una renta mayor que lo que naturalmente le produciría su finca ó su capital; el que paga la pension, se lucra tambien, porque al fallecimiento de la persona por cuya vida se constituyó la renta, queda dueño del capital ó fincas que hubiere recibido.

Este contrato es aleatorio, porque la duracion de la vida de la persona ó personas en cuya cabeza se puso la renta, determinan á favor de quién está la ganancia.

El que percibió el capital ó fincas está obligado á satisfacer puntualmente la pension estipulada: mas el no pago de esta pension no da derecho al comiso de la finca, ni á reclamar la devolucion, precisamente porque, segun ántes dijimos, la pension no es el interes, sinó que en parte es precio del capital ó finca, y por consiguiente si hubiere lugar al comiso ó á la restitucion del capital, resultaría que el pensionista recuperaba una cosa de la cual una parte le estaba ya pagada.

Tampoco el que está obligado á pagar la pension podrá librarse de este deber restituyendo el capital ó fincas.

El derecho del pensionista á cobrar la renta resulta de su vida, de manera que parece lo más natural que el cobro haya de verificarse vencido, como se dice comunmente, y justificando su existencia. Puede, sin embargo, haberse estipulado que los pagos se hagan adelantados, en cuyo caso entienden los autores, que si el pensionista murió dentro de un mes, semestre ó año cuya pension estaba ya satisfecha, no deberá restituírse la porcion de renta que corresponda á los días que faltaren para la conclusion del plazo.

Cuando la renta vitalicia se constituye á favor de una persona, por donacion ó testamento, ó porque un tercero entrega el capital sobre que se constituye, podrá ponerse por el donante la cláusula de que los acreedores del pensionista no puedan embargar la renta para el pago de sus créditos. Mas si el pensionista mismo constituyó la renta con dinero ó fincas de su propiedad, no podrá añadirse aquella cláusula, porque nadie puede sustraer á la accion de sus acreedores parte alguna de su hacienda.

En la renta vitalicia, el que satisface la pension se hace dueño del capital ó fincas que se le entregaron. Alguna vez se ha pactado que vuelva la finca á poder del primitivo dueño; pero ésta no es verdadera renta vitalicia; tiene más puntos de contacto con el foro, el censo enfitéutico, el arrendamiento ó el préstamo con interes, si se constituyó en dinero.

La renta vitalicia puede constituírse por una vida. ¿Podrá constituírse por dos? Aunque la ley 6.ª, tít. XV, lib. X de la Novísima no autorizó la constitucion de rentas vitalicias más que por una sola vida, la 12, tít. XV, lib. V de la Nueva Recopilacion, de fecha posterior, reconoce que puede constituírse por dos vidas. Así lo han entendido muchos autores. Otros, sin embargo (La Serna y Montalvan), sustentan la doctrina de que no está vigente esta última ley, por haberse dejado de incluir intencionalmente en la Novísima. Sin pretender nosotros resolver la dificultad, hemos admitido en el artículo que pueda constituírse por dos vidas, por ser el precepto ménos restrictivo, y por tanto ménos contrario á la libertad de contratacion.

Artículo 1733.—El capital sobre que se constituya la renta vitalicia ha de consistir precisamente en dinero metálico.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Aun cuando la ley dice que «el dinero capital ó suerte principal... no se pueda dar todo

ni parte alguna en plata labrada, ni en oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas ni joyas estimadas, sinó que todo el dinero se haya de pagar y se pague y cuente al principio todo dinero de contado, *sin intervenir otra cosa que no sea dinero de contado* ni estimacion alguna de ella,» y nada dice de bienes raíces; sin embargo, algunos autores admiten la constitucion en bienes de esta especie.

En nuestro sentir, la ley excluye los bienes inmuebles, lo mismo que cualesquiera otros que no sean dinero contado. Puede alegarse que en la práctica se han constituído sobre bienes de aquella clase; pero esta práctica, ni es general, ni conforme con la ley.

Artículo 1734.—En la renta vitalicia que se constituyere por una sola vida, la pension no podrá exceder del diez por ciento del capital consignado.

Cuando la renta fuere sobre dos vidas, la pension no excederá en ningun caso del ocho y dos tercios por ciento del capital.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XV, lib. V, Nueva Rec.
Nota 2.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

¿Están vigentes estas limitaciones? Al hablar de los censos consignativos expresábamos que, en opinion de muchos autores, estas tasas ó limitaciones han quedado abolidas. Otros, sin embargo, entienden lo contrario, y la verdad es que en su favor tienen la letra, si no el espíritu de la ley.

Véase lo que decimos sobre el interes ó cánon en el censo consignativo.

TÍTULO XVII

DE LAS TRANSACCIONES

Artículo 1735.—Toda transaccion entre partes sobre cosas ó derechos litigiosos debe ser cumplida, á no ser que una de las partes hubiere privado engañosamente á la otra de los medios de prueba de que dispusiere.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XIV, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando las cuestiones que se transigen parten de lo dispuesto en un testamento que está declarado nulo y revocado por otro posterior, quedan tambien anuladas (Sent. 30 Julio 1851).

Las transacciones convenidas libre y espontáneamente deben respetarse y son obligatorias (Sent. 6 Octubre 1857).

La transaccion celebrada entre dos personas no tiene valor alguno contra los derechos de terceros que no intervinieron en ella (Sent. 12 Febrero 1859).

Cuando se termina un pleito por transaccion, todas las cuestiones que despues se susciten se han de resolver con arreglo á ella, si no se ha presentado prueba legal contra su validez (Sentencias 24 Enero 1861 y 7 Noviembre 1864).

Cuando en una transaccion se impone pena para el que falte á su cumplimiento, y se impone al que no resulta haber faltado, se infringe la ley del contrato (Sent. id. id.).

La transaccion tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes (Sent. 30 Abril 1864).

No probándose que haya intervenido dolo, mala fe ó falsedad en la celebracion de la transaccion, ni reclamándose directa ni indirectamente su nulidad, no puede ménos de reputarse válida y surtir todos sus efectos civiles (Sentencia 30 Abril 1864).

Si bien por analogía con las sentencias, pueden rescindirse las transacciones que hayan tenido su apoyo y fundamento en instrumentos falsos, es necesario que esta falsedad se pruebe y declare previamente (Sent. 30 Abril 1864).

Despues de otorgada una escritura de transaccion, no puede irse contra lo pactado sin presentar la prueba especialísima que exige la ley de Partida, de que la transaccion se hizo con engaño para hacer perder al demandante las costas ó embargarle los testigos con que pudiera probar su demanda (Sents. 16 Junio 1866, 12 Noviembre 1868 y 18 Enero 1870).

La ley 34, tít. XIV, Partida 5.ª, declara válidas las transacciones, como no tengan los vicios que ella señala (Sent. 9 Enero 1868).

No es necesario que haya pleito pendiente para que tenga lugar la transaccion, porque ántes que haya contienda judicial pueden transigirse derechos más ó ménos dudosos (Sentencia id. id.).

No es principio de derecho admitido por la jurisprudencia de los Tribunales el de que son esencialmente nulas las transacciones, compensaciones y renuncias de alimentos futuros debidos por la ley, pues tal principio sólo se funda en la opinion de algunos autores, si bien concretándolo á los elementos dejados en testamento ó última voluntad (Sent. 12 Noviembre 1868).

Para la validacion de una transaccion ó concordia no es necesario que se estipule precio como en las ventas, no infringiendo la sentencia que así lo estima las leyes 1.ª y 9.ª, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 18 Febrero 1870).

Las transacciones no pueden rescindirse por lesion, puesto que siempre se convienen y son objeto de cosa dudosa entre las partes, siendo ésta, por consiguiente, la jurisprudencia admitida por los Tribunales, por lo que no tiene aplicacion en las transacciones el principio de que cuando una de las partes trata de evitar daño y de lucrarse la otra, debe interpretarse el contrato en favor de la primera (Sent. 30 Marzo 1871).

La ley 78, párr. último, *Ad Senatum Trebelianum*, sobre que las transacciones no pueden rescindirse por lesion enormísima, y la doctrina de que tienen fuerza de cosa juzgada las transacciones, á no probarse haber intervenido dolo, mala fe ó falsedad, no tienen aplicacion cuando el convenio de que se trata no es en su esencia una transaccion (Sent. 6 Mayo 1871).

Segun dispone la ley 34, tít. XIV, Partida 5.ª, no es posible destruir lo pactado por transaccion á no suministrarse, por quien pretende invadirlo, la prueba especial que la expresada ley requiere (Sent. 21 Noviembre 1871).

Verificada una transaccion entre personas que podían obligarse, y llevada á efecto, no puede ménos de considerarse como cosa juzgada y verdad legal con fuerza de título que trae aparejada ejecucion (Sent. 25 Noviembre 1871).

La sentencia que declara rescindido un contrato de transaccion celebrado por la empresa desecadora de una laguna y los representantes de unos Ayuntamientos, desconoce el carácter y fuerza de dicho contrato, porque no probándose que hubiese intervenido dolo, mala fe ni falsedad, ni reclamándose su nulidad, no puede ménos de reputarse válido y surtir todos sus efectos civiles, y por consiguiente infringe la ley 34, tít. XIV, Partida 5.ª (Sent. 9 Febrero 1877).

COMENTARIO

La transaccion, segun la define el proyecto de Código, es un convenio no gratuíto sobre cosas dudosas, que puede ser hecho ántes ó despues de haberse movido pleito sobre ellas. Los romanos la definieron: «Convencion no gratuíta por la que se decide una cosa dudosa, dando, reteniendo ó prometiendo algo.»

Por la transaccion se pone término á una cuestion dudosa, en virtud de la cesion que en parte hace cada uno de los otorgantes.

En la transaccion es esencial: 1.º, que la cuestion sea dudosa: 2.º, que el contrato no sea gratuíto. Si no se reunen ambas circunstancias, el contrato no podrá llamarse transaccion, sinó donacion, renuncia ú otra cosa.

Pueden otorgar este contrato todos los que tienen capacidad para enajenar sus cosas.

En cuanto al cumplimiento de las transacciones y manera como deben observarse, así como los casos en que deben estimarse nulas, despues de lo consignado en el artículo y de las aclaraciones que resultan de los fallos del Tribunal Supremo que hemos trascrito en su lugar, sería ociosa toda explicacion.

Artículo 1736.—Las cuestiones ó pleitos que versen sobre el matrimonio no pueden someterse á transaccion.

ORÍGENES

Ley 24, tít. IV, Partida 3.ª

COMENTARIO

«Contienda ó pleyto que nasciesse sobre casamiento de algunos, non se podría meter en manos de avenidores.» Este precepto de la ley se refiere á las cuestiones sobre existencia del vínculo, sobre su nulidad, sobre divorcio y sobre separacion legal de los cónyuges; por eso dice nuestro artículo: «que versen *sobre* el matrimonio,» pues las otras cuestiones que por intereses, por ejemplo, puedan nacer entre cónyuges, es posible y hasta conveniente someterlas á transaccion.

Artículo 1737.—Tampoco podrán sujetarse á transaccion las cuestiones sobre derechos hereditarios que consten en un testamento cerrado, cuando todavía éste no ha sido abierto.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. II, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Los llamados por el testador al disfrute de sus bienes pueden transigir cualquier cuestion que entre ellos ocurra, siempre que no contraríen la voluntad del testador (Sent. 13 Enero 1873).

COMENTARIO

Lo dudoso puede ser objeto de transaccion, pero los derechos hereditarios que consten en un testamento pueden no serlo. Miéntras el testamento no se ha abierto, no se sabe si los derechos hereditarios que en él se consignan serán ó no causa de dudas; por consiguiente, no puede otorgarse válida transaccion sobre ellos. En una palabra: para que sea posible la transaccion ha de ser incierto ó dudoso el resultado de la cuestion; pero ha de ser cierta la existencia de la duda y de la cuestion.

Los autores señalan otros casos en que no puede haber lugar á transaccion; tales son:

1.° Si se tratare de alimentos futuros dejados en testamento, á no ser con autoridad judicial, previo conocimiento de causa.

2.° En los pleitos de beneficios, para no dar lugar á la simonía.

3.° Cuando se trate de delitos; pero sí podrá transigirse acerca del interes pecuniario que haya derecho á reclamar.

Artículo 1738.—Las transacciones pueden celebrarse válidamente por medio de procurador á quien se hubiere conferido señaladamente poder para dicho objeto, ó si el poder fuere general y de libre y franca administracion.

ORÍGENES

Ley 19, tít. V, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

No vale la transaccion convenida á nombre de un tercero si no se acompaña el poder de éste, expresivo de las facultades que concede al que contrae (Sent. 23 Junio 1858).

Cuando se otorga escritura de transaccion confiando á árbitros la solucion de las cuestiones que puedan ocurrir, la sentencia que estima el nombramiento de dichos árbitros, léjos de oponerse á la ley 1.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Rec., la respeta fielmente, no pudiendo decirse, por tanto, que la infringe (Sent. 21 Mayo 1862).

COMENTARIO

Hablando la ley citada de Partida de los procuradores para asuntos judiciales, dice: «Si el personero quisiere auenirse con su contendor, ó fazer alguna postura con él, ó quitalle la demanda ó dar jura porque se destajase el pleyto, que non lo pueda fazer: fueras ende, si el dueño del pleyto le ouiesse señaladamente poderio de fazer estas cosas.»

Aunque la ley habla sólo de procuradores, los tratadistas entienden, y así se observa en la práctica, que el poder especial es necesario áun cuando se hubiere conferido mandato á otra persona por dicho objeto, sin que sea suficiente el poder general. En este caso, dicen, podrá rescindirse la transaccion, si fuere perjudicial para el representado.

Artículo 1739.—Las transacciones en que se hallen interesados menores de edad ó incapacitados, se sujetarán á las prescripciones que para las mismas se contienen en la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Artículo 1412 y siguientes, ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Aun cuando la escritura de transaccion de un pleito en que intervienen menores sea otorgada por *mandadero*, sólo en el caso de no ser beneficiosa á los menores podrán éstos, y no otra persona, invocar su nulidad (Sent. 29 Octubre 1862).

No invalida una transaccion la circunstancia de no haber provisto judicialmente de curador á una menor que en ella interviniera, cuando por dicha escritura ni se enajenaron ni gravaron bienes, ni se menoscabaron derechos ya adquiridos por la expresada menor (Sent. 9 Enero 1868).

Aunque en una escritura de transaccion intervenga el padre de una de las partes, por ser ésta menor de edad, si despues de cumplir los veinticinco años se ratificó ante su padre y la autoridad judicial, declarando la dicha escritura válida, firme y eficaz, la sentencia que la obliga al cumplimiento de lo convenido no infringe los arts. 1411, 1412 y 1413 de la ley de Enjuiciamiento civil, que tratan de los requisitos necesarios para conceder autorizacion á fin de transigir sobre derechos de menores, ni la ley 58, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 13 Diciembre 1870).

La transaccion celebrada por el curador de una menor sobre el importe del haber que á ésta corresponda en una herencia aprobada ó no judicialmente, es un contrato cuya validez y eficacia puede ser impugnada por aquélla, utilizando la accion de nulidad por los vicios intrínsecos y extrínsecos de que adoleciera, ó amparándose del beneficio de restitucion *in integrum* que las leyes otorgan á los menores en su caso y lugar, cuyos remedios puede ejercitar simultánea ó separadamente, prefiriendo el que considerase más oportuno, sin que á ello se oponga la ley 1.ª, tít. XXV de la Partida 3.ª, que establece el expresado beneficio en favor de los mismos contra las sentencias dadas en juício (Sent. 1.º Febrero 1876).

Probado, á juício de la Sala sentenciadora, que una transaccion perjudicó los derechos é intereses de una menor, es procedente la restitucion sancionada por las leyes 1.ª, 3.ª y 5.ª, tít. XIX, Partida 6.ª (Sent. 1.º Febrero 1876).

COMENTARIO

Hay casos en que á los menores puede ser útil y áun necesaria una transaccion. La ley, llegados estos casos, no podía privar á los menores ó incapacitados de los beneficios de terminar de una manera conveniente á sus intereses las cuestiones ó litigios en que estuvieron comprometidos sus derechos; no podía empeñarlos en cuestiones judiciales de éxito incierto y siempre dispendiosas. Pero al mismo tiempo no podía ménos de rodear aquellas transacciones de muchas garantías, que asegurasen la conveniencia ó necesidad del convenio.

Cuáles sean estas garantías ó solemnidades de que no puede en manera alguna prescindirse cuando se trate de transacciones de esta especie, es materia que no corresponde á este libro, sinó á las leyes de procedimientos.

TÍTULO XVIII

DE LAS PROMESAS

Artículo 1740.—La promesa es un contrato por el que una persona se obliga con otra á dar ó hacer alguna cosa.

ORÍGENES

Proemio y ley 1.ª, tít. XI, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No puede sostenerse como promesa una manifestacion hecha en los últimos momentos de la vida, pues como bajo este concepto viene á ser una disposicion testamentaria comprendida en las últimas palabras de la ley recopilada «ú otra postrimera voluntad,» necesita para subsistir de las mismas solemnidades que la ley establece (Sent. 10 Enero 1871).

Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo que sólo tiene facultad para interpretar la promesa voluntaria el que la hace, sin que contra su interpretacion pueda prevalecer la voluntad del que la acepta (Sent. 8 Marzo 1871).

Artículo 1741.—La capacidad de los que prometen, las solemnidades de este contrato y las cosas que pueden ser objeto del mismo y sus efectos, se regulan por los principios generales de la contratacion.

ORÍGENES

Leyes 20, 21 y 22, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

Artículo 1742.—Es válida la promesa de pagar una deuda que otro haya contraído.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1743.—La promesa hecha por uno en su propio nombre y en el de otra persona determinadamente, obliga á ambos, si ésta consiente; en otro caso, solamente queda obligado el primero á pagar la mitad.

Si el promitente dijere que él ú otra determinada persona pagarían la deuda, queda obligado aquél en toda la deuda, si la persona designada no consiente en la promesa.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1744.—No es válida la promesa de que un tercero hará ó dará alguna cosa, á no ser que el tercero fuere heredero del que promete.

La promesa de procurar que un tercero haga ó dé alguna cosa obliga al promitente á darla ó hacerla, indemnizando ademas daños y menoscabos si el tercero no lo cumpliere.

Queda obligado el promitente por promesa hecha en juicio, áun cuando verse sobre un hecho ajeno.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XI, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 11, tít. XI, Partida 5.ª, si bien establece como regla general que no puede prometerse la ejecucion de un hecho *ajeno*, declara, por el contrario, válida y eficaz la promesa de un hecho *propio* como garantía del *ajeno*, y para el efecto de responder de los daños y perjuicios que la inejecucion de éste pueda causar al interesado: expresando que si alguno promete en juício que otra tercera persona *guardará bien ó tendrá en salvo* las cosas de un huérfano, esta promesa es *valedera* contra el que la hiciese (Sent. 7 Diciembre 1876).

Artículo 1745.—El promitente que destruyere sin causa legítima la cosa que prometió entregar, deberá abonar su valor.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1746.—Para la validez de la promesa es necesaria su aceptacion por la persona á cuyo favor se hace. Esto no obsta para que la promesa pueda otorgarse entre ausentes.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª y 7.ª, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

En tanto obligan las promesas en cuanto se aceptan en los términos concretos en que se hicieron; no siendo lícito alterar contra la voluntad del promitente las condiciones por él mismo impuestas (Sent. 25 Noviembre 1858).

Para que sean valederas las promesas de que tratan las leyes 1.ª, 12 y 26, tít. XI, Partida 5.ª, deben hacerse y ser aceptadas pura y explícitamente (Sent. 30 Noviembre 1869).

Las promesas en tanto obligan á su cumplimiento, en cuanto son aceptadas en los términos precisos y concretos en que se han hecho; pues sólo así puede existir el consentimiento indispensable de las partes para la perfeccion del contrato (Sent. 26 Setiembre 1871).

Artículo 1747.—La aceptacion por el hijo de una promesa otorgada en favor del padre produce los mismos efectos que la aceptacion por éste, y en su consecuencia puede reclamar el cumplimiento de lo prometido.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1748.—Es válida la promesa hecha en juício, aunque no medie aceptacion por parte de aquél á cuyo favor se hace.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1749.—La aceptacion de una promesa otorgada á favor de un huérfano ó incapacitado deberá hacerse por el que tenga su representacion legal.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1750.—Cuando la promesa se hubiere recibido por apoderado, no podrá exigir su cumplimiento aquella persona en cuyo beneficio se hizo la aceptacion, sinó con poder de su apoderado, que éste deberá otorgar ó pagar la cantidad ó cosa prometida.

Si el apoderado fuere tan pobre que no pudiese cobrarse de él la cosa prometida, aquel á favor de quien se hizo la promesa podrá reclamarla del promitente, sin necesidad del poder á que se refiere el párrafo anterior.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1751.—Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, podrá el poderdante reclamar directamente el cumplimiento de la promesa, sin necesidad de poder de su apoderado, cuando estuvo presente al otorgamiento de la pro-

mesa, ó cuando verse sobre cosas de su propiedad, como el alquiler de sus casas, la renta de sus heredades, ú otras cosas semejantes.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XI, Partida 5.ª

Artículo 1752.—La promesa hecha á uno de pagar la deuda que éste tiene con un tercero, es válida, pero no puede exigirse su cumplimiento por el acreedor, sinó solamente por el deudor, á quien deberá el promitente abonar ademas los daños y perjuícios que le ocasionare, en el caso de haberse negado á cumplir la promesa.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XI, Partida 5.ª

COMENTARIO

Por el derecho romano y por las leyes de Partida, fiel reflejo de aquél, la promesa era un contrato cuya eficacia tenía por base lo que llamaron estipulacion, esto es, una fórmula sacramental que consistía en la pregunta y contestacion congruente.

Despues de la ley del Ordenamiento de Alcalá (ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.), que sentó el conocido principio de que por cualquier manera que aparezca ó conste que el hombre quiso obligarse quede obligado, las promesas perdieron su importancia y su principal carácter.

En realidad, pudiéramos haber suprimido este título, incluyendo en las disposiciones generales sobre contratacion los efectos de las promesas.

Por la promesa uno se obliga á hacer ó dar una cosa determinada. La promesa, por consiguiente, es la obligacion de celebrar, llegado cierto día, un contrato, una donacion, una compra-venta, un arriendo, un préstamo, una cesion ó cualquiera otro de los contratos que hemos estudiado, ó que estudiaremos despues, y á los cuales se les da una denominacion determinada, ó bien un contrato de los innominados.

Las disposiciones contenidas en los artículos precedentes son en extremo sencillas, y no precisan, por lo mismo, minuciosa explicacion.

Como la promesa se refiere á toda clase de contratos, resulta que las disposiciones de este Título son de aplicacion general, como lo son otras disposiciones del mismo título y Partida que hemos incluido en el Título VI, al tratar de las *Obligaciones en general.*

TÍTULO XIX

DE LA FIANZA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA Y EXTENSION DE LA FIANZA

Artículo 1753.—Fiador es aquél que adquiere la obligacion de pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de que éste no lo haga.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 2011, Cód. Francia.—1898 Italia.—818 Portugal.—1857 Holanda.—1347 Austria.—200, parte 1.ª, tít. XIV, Prusia.—2.°, cap. X, lib. IV, Baviera. 1493 Vaud.—1767 Valais.—Tít. XXI, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Para que pueda ser calificada de fianza una obligacion, es cualidad indispensable que sea accesoria y no principal (Sent. 30 Enero 1872).

COMENTARIO

La fianza es un contrato en cuya virtud uno de los otorgantes se compromete á satisfacer ó cumplir una obligacion contraída por un tercero, en el caso de que éste no la cumpla.

La fianza puede ser de tres clases: legal, judicial y convencional.

De la primera nos hemos ocupado en los diversos lugares en que tiene aplicacion, como en el usufructo y en la tutela y curaduría.

La segunda pertenece de lleno á las leyes de procedimientos.

En el presente Título nos vamos á ocupar únicamente de la convencional.

El fiador únicamente queda obligado en el caso de que el primer obligado no satisfaga su deuda, ó haga aquello á que se obligó; por manera que no será fianza el contrato por el que uno liberta al que estaba obligado, obligándose él en su lugar, porque esto constituirá una verdadera novacion.

Artículo 1754.—La fianza puede constituírse por cierto tiempo y bajo condicion.

Tambien puede constituírse ántes, simultáneamente ó despues de contraída la obligacion principal *(a)*.

Cuando al constituírse la obligacion principal no se hubiere estipulado que intervenga fiador, no podrá exigirlo despues el acreedor, á no ser que el deudor intente ausentarse ó enajene sus bienes *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 6.ª, tít. XII, Partida 5.ª
(b) Ley 2.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.

Artículo 1755.—Pueden ser fiadores todos los que tienen capacidad para contratar *(a)*.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no pueden ser fiadores:

1.° Los militares en activo servicio que reciben sueldo del Estado *(b)*.

2.° Los obispos, los clérigos regulares, y los religiosos, á no ser que comprometan únicamente sus bienes patrimoniales ó cualesquiera otros que no sean de la Iglesia *(c)*.

3.° Los labradores, á no ser que lo hagan por otros de su misma profesion ó en favor de la Hacienda *(d)*.

4.° Las mujeres, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente *(e)*.

ORÍGENES

(a) Ley 1.ª, tít. XII, Partida 5.ª
(b) Ley 2.ª, tít. XII, Partida 5.ª
(c) La misma ley 2.ª
Ley 6.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
(d) Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. XI, lib. X, Novísima Recopilacion (1594, 1619, 1790).
(e) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La prohibicion de afianzar por otras personas, que contiene la ley 7.ª, tít. XI, lib. X, Novísima Recopilacion, se refiere exclusivamente á los simples labradores, segun lo demuestra su mismo texto, no siendo aplicable al fiador que no se titula labrador, sinó propietario (Sent. 30 Setiembre 1870).

COMENTARIO

La prohibicion relativa á los militares, dice Febrero que no está en práctica, y áun sostiene este autor que ha desaparecido la prohibicion).

En cuanto á los obispos y demas religiosos comprendidos en el núm. 2.° de este artículo, segun expresa Gregorio Lopez, el precepto de la ley de Partida se entiende modificado por el Fuero, y en su virtud podrán afianzar siempre que comprometan únicamente sus bienes patrimoniales.

Los labradores no pueden afianzar por otro, á no ser que pertenezcan á la misma profesion. Esto es considerado como un privilegio ó beneficio establecido en favor de los mismos. Mas sin embargo de este carácter que le dan los autores, será nula la renuncia que hicieren de la ley, pues hasta con perdimiento de oficio castigaban nuestras leyes al escribano que autorizase una escritura de esta especie.

Artículo 1756.—No obstante la incapacidad de la mujer para ser fiadora, quedará obligada en este concepto:

1.° Si constituye la fianza por razon de dote.

2.° Si, conocedora de la disposicion legal, la renuncia expresamente.

3.° Si la ratifica dos años despues de haberla otorgado, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad de su crédito.

4.° Si se constituyese en fiadora mediante precio.

5.° Si por medio de disfraz ú otro engaño consiguiere ser tenida por varon.

6.° Si la fianza redunda en su utilidad, por tratarse de cosas propias ó por fiar á quien la fió ó de otro modo semejante.

7.° Si heredó los bienes del mismo por por quien salió fiadora.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, tít. XII, Partida 5.ª
Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

No pudiendo las mujeres ser fiadoras de otro, para que su fianza prevalezca por excepcion, es indispensable hacer constar que conocían la prohibicion, y que sabedoras de ella renunciaron la disposicion de la ley en favor suyo (Sentencia 11 Octubre 1859).

COMENTARIO

Completa la doctrina de este artículo y del último número del anterior, lo que dijimos en el 129 de este Código, que prohibe á la mujer ser fiadora de su marido.

Lo dispuesto en el presente artículo no ofrece grandes dificultades para ser comprendido, ni ha dado lugar á dudas de importancia.

Sólo advertiremos que cuando la mujer preste fianza en algunos de los casos en que pueda hacerlo válidamente segun este artículo, deberá, si estuviese casada, obtener la correspondiente licencia de su marido.

Artículo 1757.—Puede constituírse fianza sobre toda obligacion válida, ya sea natural y civil, ya meramente natural.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 5.ª, tít. XII, Partida 5.ª, sólo versa sobre *que cosas é pleitos pueden ser dados fiadores* (Sent. 15 Junio 1868).

COMENTARIO

La fianza no puede existir sin una obligacion válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligacion cuya nulidad puede ser reclamada á virtud de una excepcion puramente personal del obligado, como la de menor edad, salvo lo que respecto del préstamo hecho á menores disponen las leyes.

Puede tambien recaer sobre deudas futuras cuyo importe no sea todavía conocido; pero no habrá recurso contra el fiador sinó cuando la deuda sea líquida.

¿Podrá afianzarse la obligacion meramente civil? Gregorio Lopez entiende que sí, pero Gutierrez tiene por insegura su opinion. Tambien puede afianzarse la responsabilidad pecuniaria en los delitos.

Artículo 1758.—El fiador no puede obligarse á más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones.

Si se hubiere obligado á mayor cantidad, se reducirá su obligacion á los límites de la del deudor.

Si se hubiere obligado á pagar en peores condiciones de lugar y tiempo, ó puramente siendo condicional la primera obligacion, es nula la fianza.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. XII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La obligacion de fianza, como accesoria de otra principal, se entiende contraida en los propios términos y con la misma extension que aquella á que sirve de garantía, cuando no se ha limitado y restringido expresamente (Sent. 8 Marzo 1862).

COMENTARIO

Este artículo resuelve dos casos:

1.° Que el fiador se haya obligado á pagar mayor cantidad que el principal deudor.

2.° Que se haya obligado á satisfacer la deuda en peores condiciones de lugar ó tiempo, ó puramente siendo la deuda principal condicional.

En el primer caso se reducirá la obligacion á los límites de la principal.

En el segundo caso *tal fiadura no vale.*

El proyecto de Código, en armonía con otros Códigos extranjeros, declara que debe reducirse la fianza en este segundo caso, lo mismo que en el primero, porque, como dice un orador frances, «no se deben crear nulidades sin un motivo real, y basta y sobra verlas donde realmente existen. El reinado de las sutilezas ha pasado, y mal puede dudarse de que el que por favorecer á otro quiso obligarse á más que él, no haya querido al ménos garantir su obligacion.»

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA

SECCION PRIMERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Artículo 1759.—El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin previa excusion de todos los bienes del deudor.

Si por ausencia del deudor fuere demandado el fiador, podrá pedir plazo al juez para presentarle; pero trascurrido sin hacerlo, responderá á la demanda y pagará la cantidad adeudada.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 9.ª, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 2021 Cod. Francia.—1997 Itália.—830 Portugal.—1355 y 1356 Austria.—1868 Holanda.—3014 Luisiana.—2034 Bolivia.—1503 Vaud.—1776 Valais.—1114 Tesino.—912 Berna.

JURISPRUDENCIA

La obligacion del fiador es á favor del que exige la fianza, y no de otra persona (Sentencia 24 Febrero de 1869).

Cuando uno se constituye fiador de otro y obligado mancomunadamente, estableciendo que el acreedor puede dirigirse contra el deudor y el fiador juntos, ó contra cualquiera de ellos, por el todo de la obligacion, sin ser necesario hacer ántes excusion en los bienes del otro, es incuestionable que el acreedor puede pedir al fiador el cumplimiento de la obligacion, con arreglo á la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, y 10, tít. XII, Partida 5.ª (Sent. 30 Setiembre 1870).

Cuando la demanda contra el fiador se entabla despues de procederse á la ejecucion formal de los bienes del principal obligado, el cual es declarado insolvente, la sentencia que admite dicha demanda y condena al fiador al pago, no infringe la ley 3.ª, tít. XVIII, lib. III, del Fuero Real, que exige la excusion en los bienes del principal obligado ántes de dirigirse contra el fiador, porque aunque aquél ocultase algo maliciosamente, de ninguna manera puede éste perjudicar los derechos del acreedor, miéntras no conste que la ocultacion se hizo con su consentimiento (Sent. 7 Noviembre 1870).

Las leyes 9.ª, 10 y 11, tít. XII, Partida 5.ª, sobre los fiadores, no pueden tomarse en consideracion cuando el pleito versa sobre operaciones mercantiles y se rige por las leyes especiales del comercio (Sent. 26 Junio 1872).

Si la sentencia no niega que el fiador pueda ser reconvenido desde luégo, sin procederse ántes contra el deudor principal, cuando éste fuese notoriamente insolvente, ó cuando el fiador no ha opuesto en tiempo el beneficio de órden ó excusion, ántes bien, reconociendo y sentando esta doctrina, funda, sin embargo, la absolucion en que, segun la extension de la fianza al tenor de la obligacion principal, no podía el fiador ser responsable de ella, no infringe las leyes 1.ª, 8.ª y 9.ª, tít. XII de la Partida 5.ª (Sent. 9 Marzo 1876).

Si no ha sido objeto de la demanda, ni de la contestacion, ni de la sentencia, el órden que debe guardarse para demandar al fiador despues del deudor principal, no puede alegarse como motivo de casacion la infraccion de la ley 9.ª, tít. XII, Partida 5.ª, que establece esta doctrina, porque no pueden tomarse en consideracion leyes que no se refieren á puntos no discutidos en el pleito (Sent. 14 Diciembre 1874).

La denegacion del beneficio de órden y excusion no es atendible cuando el que lo invoca lo funda en la cualidad de fiador que gratuítamente se atribuye, contra el tenor expreso de los términos en que se obligó; y bajo tal supuesto, no son aplicables ni pueden ser infringidos el art. 475 del Código de Comercio y las leyes 9.ª, tít. XII, de la Partida 5.ª, y 3.ª, título XVIII del Fuero Real, por referirse á los simples fiadores, y no á los principales obligados (Sent. 11 Octubre 1875).

COMENTARIO

Recibe el nombre de beneficio de *órden* ó *excusion* el derecho que tiene el fiador para obligar al acreedor á que reconvenga primero al deudor principal y haga excusion de los de éste.

Si el principal deudor se hallase ausente, podrá el acreedor dirigirse contra el fiador; pero éste puede pedir un plazo para presentar al primer obligado, cuyo plazo deberá concedérsele.

Si el deudor principal se hubiere ausentado, pero dejare procurador con poder bastante, no podrá tenerse á aquel por ausente para los efectos de esta ley. Así lo entiende Febrero.

El fiador deberá invocar el beneficio de órden ó excusion ántes de la contestacion á la demanda, y en forma de excepcion dilatoria. No propuesta la excepcion en tiempo oportuno, no puede ya tenerse en cuenta. (Véase la sentencia de 9 de Marzo de 1866.) Mas, y si despues de contestada la demanda por el fiador, el deudor principal se hiciere rico, ¿podrá aquél excepcionar el beneficio de órden? Parece lo más justo que pueda alegarse, pues aunque las excepciones dilatorias, dice Gutierrez, deben oponerse ántes de la contestacion á la demanda, esto debe tener lugar respecto de las excepciones nacidas y no de las que nazcan con posterioridad al pleito.

El beneficio de órden puede renunciarse expresa y tácitamente. Esto último tendria lugar si el fiador se hubiere obligado en concepto de deudor principal.

Sin embargo de la renuncia, entienden los autores que cuando se trata de un crédito ilíquido deberá el acreedor, áun cuando el fiador hubiere renunciado á su beneficio, dirigirse primeramente contra el deudor principal.

El beneficio de órden cesa: 1.º Cuando deudor y fiador se obligaron mancomunada ó solidariamente. 2.º Cuando el deudor hubiere quebrado ó fuere notoriamente insolvente.

Artículo 1760.—Si dos ó más personas se constituyen simplemente fiadores, sólo pueden ser reconvenidos en la parte que á cada uno corresponda.

Si los fiadores se obligaron solidariamente ó como deudores principales, se entenderá renunciado el beneficio de division que concede el párrafo precedente.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 8.ª y 10, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Conócese bajo el nombre de beneficio de *division* el derecho que tiene el fiador reconvenido por toda la deuda, para obligar al acreedor á dividir su accion entre los demas fiadores que son solventes al tiempo de la contestacion del pleito, dirigiéndola contra el mismo, solamente á prorata. Para ello es necesario que el fiador reconvenido se haya obligado simplemente, pues de otro modo, esto es, si se obligó solidariamente, cesará este beneficio.

Discuten los tratadistas acerca de si por nuestro derecho existe el beneficio de division. Nosotros creemos haber redactado el artículo de la manera más conforme con las leyes, y de acuerdo con la opinion de Matienzo, de Sala y de Febrero.

SECCION SEGUNDA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR

Artículo 1761.—Todo fiador que lo fuere por mandato del deudor principal, ó por su consentimiento hallándose presente, ó si estando ausente fuere á éste útil la fianza, debe ser indemnizado de los gastos que hizo por razon de la misma, á no ser en alguno de los casos siguientes:

1.° Si el fiador paga con intencion de no repetir contra el deudor.

2.° Si la fianza se constituyó en utilidad del fiador.

3.° Si se constituyó fiador contra la voluntad del principal obligado.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 2028, Código Francia.—1915 Italia.—838 Portugal.—351, tít. XIV, parte 1.ª, Prusia.—11, cap. X, lib. IV, Baviera.—2041 Bolivia.—3021 Luisiana.—Ley 6.ª, tít. XXI, lib. III, Instituta.—Ley 60 *de regulis juris.*

COMENTARIO

El fiador puede pagar en nombre del deudor: 1.°, por mandato de éste; 2.°, por su consentimiento tácito, como si estando presente no lo contradijo; 3.°, sin su mandato ni consentimiento, si estaba ausente, pero le fué útil al deudor. En cualquiera de estos casos el fiador debe ser indemnizado de los gastos que hubiere tenido que hacer.

Para el cobro de estos desembolsos puede dirigirse el fiador contra el deudor principal sin necesidad de que el acreedor le ceda sus acciones ni otorge carta de lasto (1), pues el fiador ejercitará la accion de mandato segun expresa Justiniano, ó la de *negotiorum gestor*, segun Ulpiano.

Las excepciones que consigna el artículo que comentamos no necesitan explicacion.

Artículo 1762.—No estará obligado el deudor á indemnizar los desembolsos que por razon de la fianza haya hecho su fiador, si éste, al ser demandado, dejó de oponer las excepciones que militaban en su favor ó en el del principal obligado.

Si la excepcion fuere puramente personal del deudor ó del fiador, como si fuere el fiador mujer y dejara de excepcionar el sexo, no tendrá aplicacion lo dispuesto en el párrafo precedente.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El fiador deberá hacer uso de las excepciones reales, pero de ningun modo de las que sean personales del deudor principal ó del mismo fiador.

Así, pues, áun cuando pueda alegarse una excepcion puramente personal del deudor, si dejó de oponerla, no por eso perderá su derecho á ser indemnizado de los desembolsos que se le hayan ocasionado.

(1) Véase la seccion siguiente.

Gutierrez señala una excepcion á esta regla; cuando el deudor principal,—dice,—se ha obligado con una calidad que la rescision ha destruido, se extingue la obligacion de los fiadores, como si el menor se hubiese obligado en clase de heredero y se le hubiese restituido contra la aceptacion de la herencia, puesto que entónces no hay obligacion principal ni áun natural sobre que pueda apoyarse la fianza.

Artículo 1763.—Cuando por mandato de un tercero se constituyere alguno fiador de otro que no esté presente, si llegare á pagar algo por el deudor á quien fió, no podrá repetir contra éste, sinó contra el tercero.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Si el principal estuvo presente y lo consintió, no tendrá lugar lo dispuesto en este artículo, sinó que la obligacion pesará sobre aquél. (Véase nuestro artículo 1761.)

Artículo 1764.—Los derechos y obligaciones que nacen de la fianza se trasmiten á los herederos respectivamente del deudor principal y del fiador.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 16, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2017 Cód. Francia.—1863 Holanda.—334, tít. XIV, parte 1.ª, Prusia.—1499 Vaud.—1638 Neufchatel.—3013 Luisiana.—2030 Bolivia.—Ley 4.ª, tít. I, lib. XLVI Digesto.—Título XXI, lib. III, Instituciones.

Artículo 1765.—Las obligaciones del deudor principal para con el fiador no se extinguen porque éste haya pagado al acreedor sin reconvencion judicial.

Si el fiador hubiere pagado ántes del vencimiento del plazo, deberá esperar á éste para repetir contra el deudor principal.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 16, tít. XII, Partida 5.ª

SECCION TERCERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS CO-FIADORES

Artículo 1766.—Los co-fiadores quedan obligados en el modo que determina el artículo 1760.

El co-fiador que pagase toda la deuda podrá repetir contra el deudor principal, con arreglo á lo dispuesto en la Seccion anterior; y si el pago no lo hizo en nombre de éste, podrá reclamar á cada co-fiador la parte que le corresponda.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVIII, Fuero Real.
Ley 11, tít. XII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Lo dispuesto en la ley 11, tít. XII, Partida 5.ª, respecto á fiadores, no puede aplicarse por analogía á una obligacion personal sin haber otro ó más deudores de mancomun ó *in solidum* (Sent. 20 Octubre 1869).

Artículo 1767.—Cuando el co-fiador haya de dirigirse, segun lo dispuesto en el artículo anterior, contra los demas co-fiadores, deberá reclamar del acreedor la cesion de sus acciones, sin cuyo requisito, al que no

podrá negarse el acreedor, no le será posible repetir contra aquéllos.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Cuando fueren varios los fiadores y no se hubieren obligado solidariamente, cada uno deberá pagar su parte, con arreglo á lo dispuesto en la Seccion anterior. Mas si voluntariamente pagare toda la deuda uno solo de los fiadores, puede suceder: 1.º, que la hubiere pagado en nombre del principal deudor: 2.º, que la hubiere pagado en su nombre propio ó en el de los demas co-fiadores.

En el primer caso únicamente tendrá accion contra el deudor principal.

En el segundo caso podrá dirigirse, ó contra el principal deudor, ó contra los demas co-fiadores, á su eleccion; pero para dirigirse contra éstos necesita obtener del acreedor la *cesion de sus acciones* ó sea *la carta de lasto.*

La duda más importante á que ha dado lugar esta ley, consiste en saber si se refiere á los fiadores que lo son simplemente, ó á los solidarios, es decir, respecto de cuál de ellos podrá el fiador que pagó en su nombre entablar la reclamacion de lo que á cada uno de los otros corresponda.

Gregorio Lopez se inclina á que la ley habla sólo de los fiadores simples. Otros autores, entre los cuales se hallan La Serna, Montalvan y Gutierrez, entienden que si estando dos fiadores obligados por mitad, el uno de ellos pagare toda la deuda, no tendrá derecho de pedir la cesion de acciones, y únicamente podrá repetir del acreedor la mitad que pagó indebidamente, si lo hizo ignorando el beneficio de la ley; pero que si lo hizo á sabiendas, nada puede repetir, pues se presume que ha querido hacer una donacion.

Nuestra opinion es contraria á las dos á que nos hemos referido. En nuestro concepto, hablando la ley de *fiadores* sin determinar si se refiere á los simples ó á los solidarios, ni hacer distincion alguna entre ellos para los efectos de esta ley, no hallamos fundamento bastante para hacer ó admitir una distincion que ni admite ni hace la ley. Así, pues, creemos que, tanto en el caso en que los co-fiadores lo sean simplemente, como si lo fueren *in solidum*, podrá el fiador que hubiere pagado exigir la *carta de lasto* y tendrá en su virtud accion para dirigirse contra los otros co-fiadores en demanda de las porciones correspondientes.

Este mismo entendemos que es el espíritu de los modernos Códigos, que ademas suprimen la *carta de lasto*, pues basta, segun ellos, el solo hecho del pago para que haya accion contra los co-fiadores, pues el fiador que pagó, *hizo el negocio de los otros* libertándolos de una obligacion á cuyo cumplimiento pudieron haber sido compelidos, y esto es suficiente título para legitimar su accion.

Artículo 1768.—Si el fiador paga, sin designar si lo hace por el deudor ó por los cofiadores, se entenderá hecho de este último modo si inmediatamente reclama del acreedor la cesion de acciones á que se refiere el artículo precedente.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XII, Partida 5.ª

Artículo 1769.—Cuando un co-fiador reclamare de los demas el pago de sus porciones correspondientes, si alguno fuere insolvente, deberá constituír obligacion de pagar así que pueda.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

«Si alguno y ouiesse tan pobre que la non pudiesse estonce pagar, deue tomar dél tal recabdo que le pague cada que pueda.» El proyecto de Código, por el contrario, dispone que la parte que corresponda al insolvente recae sobre todos en la misma proporcion.

CAPÍTULO III

DE LA EXTINCION DE LA FIANZA

Artículo 1770.—La obligacion del fiador se extingue por el mero hecho de haberse extinguido la del deudor principal.

ORÍGENES

Proemio y leyes 4.ª y 5.ª, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El precepto de este artículo es consecuencia necesaria del carácter de la fianza y del objeto y fin que desempeña en la contratacion.

Artículo 1771.—El fiador no podrá pedir judicialmente ser relevado de la fianza, á no ser en alguno de los casos siguientes:

1.º Cuando fuere condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella.

2.º Cuando resulte, segun prudente arbitrio judicial, que la fianza se proroga demasiado.

3.º Si creyendo espirado el plazo intenta pagar y el acreedor rehusa el cobro, ó si hallándose el acredor ausente, deposita aquél la cantidad con la formalidad debida.

4.º Cuando cumpliese el término por que se constituyó la fianza.

5.º Si el deudor principal comenzare á malversar sus bienes.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 14, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Los modos generales de terminarse las obligaciones tienen aplicacion al contrato de fianza, del mismo modo que á todos los demas.

Pero al mismo tiempo existen los comprendidos en el presente artículo, cuya sencillez nos releva de explicar minuciosamente cada uno de los casos que comprende.

TITULO XX

DE LA PRENDA

Artículo 1772.—Prenda es toda cosa mueble que el deudor entrega al acreedor para la seguridad de su crédito.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

La palabra *prenda* tiene tres diversas acepciones. Es el contrato en virtud del cual un deudor entrega una cosa al acreedor para garantizar la solvencia de la deuda.

Es el derecho mismo que el acreedor tiene sobre la cosa despues que le ha sido entregada en virtud del contrato. Es, por último, la misma cosa que se entrega *en peños*.

La ley de Partida, al llegar á la prenda, no la define por el contrato que lleva este nombre, como lo hizo al tratar de los demas que dejamos estudiados, sinó que acepta para su definicion la significacion de cosa empeñada que hemos visto tiene aquella palabra. Hemos preferido seguir en este punto á la ley de Partida, de la que se separan casi todos los modernos Códigos, porque entendemos que los términos en que se expresa aquélla «peño es aquella cosa que un ome entregó á otro, apoderandole de ella...» envuelven la significacion más apropiada de la palabra *prenda*.

Casi todos los Códigos definen la prenda, ó como un contrato, ó como un derecho ya constituído. Sin negar que pueda usarse aquella palabra sin impropiedad en tal sentido, entendemos nosotros más adecuado, y sobre todo más claro, distinguir entre la *prenda* propiamente dicha y el *derecho de prenda*, como lo hacen el Código austriaco y el prusiano (1).

El contrato de prenda es real, porque sus efectos toman por base la material entrega de la cosa, bien al acreedor, bien á una tercera persona ó establecimiento en cuyo poder se deposite la cosa para garantía del acreedor. Esto no quiere decir que cuando la prenda no haya sido entregada, carezca el acreedor de todo derecho, pues si se ha estipulado su constitucion, ó la ha prometido el deudor, la estipulacion ó la promesa son obligatorias, á tenor de la ley Recopilada.

El contrato de prenda es, como el de fianza, accesorio; así es que no puede nacer sin una obligacion principal, y no subsiste sinó miéntras aquélla no se ha extinguido.

La ley distingue tres modos distintos por los que pueda una cosa ser dada en prenda: voluntariamente, esto es, por convencion libre entre los particulares: judicialmente, es decir, por disposicion ó mandato de los Tribunales, en los casos que proceda, con arreglo á las leyes; por ministerio de la ley ó tácitamente, ó sea lo que se llaman hipotecas legales, generales y ocultas, como la que tenía la mujer sobre los bienes del marido por su dote, etc., etc.

Hoy lo referente á estas llamadas hipotecas generales ha sufrido completa trasformacion por la ley Hipotecaria.

La prenda que se entregue al acreedor ha de ser necesariamente una cosa *mueble*.

La ley de Partidas admitía prendas muebles

(1) Cód. Austria, art. 447.—Cód. Prusia, art. 1.º, tít. XX, parte 1.ª

é inmuebles; mas despues de la ley Hipotecaria que ha regulado las prendas inmuebles bajo la denominacion de *hipotecas*, únicamente ha quedado del dominio de la ley de Partidas la prenda mueble, y por consiguiente hoy es de todo punto incuestionable que la prenda ha de consistir en una cosa mueble ó semoviente.

Artículo 1773.—Pueden constituírse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, áun las incorporales, así como las que no existen, con tal que se espere y sea posible su existencia.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. XIX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Tan sencillo y tan repetido es el precepto de este artículo, que no tenemos necesidad de explicarlo: «toda cosa quier sea nascida ó por nacer assi como el fruto de los ganados, é de los árboles é de las eredades, é de todas las otras rentas que los omes han de qualquier natura que sean, tambien las corporales como las que no lo son...» todas pueden ser dadas en prenda.

Artículo 1774.—No pueden ser dados en prenda los bueyes, vacas y otros animales destinados á la agricultura, ni los arados, herramientas y aperos de labranza.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, lib. III, Fuero Real.
Ley 4.ª, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 14, tít. XXXI, lib. XI, Nov. Rec.
Arts. 10 y 11, decreto 8 Junio 1813.

COMENTARIO

La prohibicion de este artículo viene repitiéndose en casi todos los Códigos españoles. Dos razones principalmente tiene este precepto: 1.ª, la necesidad que se ha sentido constantemente en nuestro país de fomentar el cultivo de los campos, frecuentemente abandonados por otras ocupaciones, casi siempre guerreras; 2.ª, la de no privar al agricultor de aquellos que son los indispensables útiles de su profesion.

Por idénticas razones, el decreto de 1813 dispuso que en ningun caso, ni por ningun título, se podrá hacer ejecucion ni embargo en las mieses hasta que los granos no se hallen limpios y enrastrojados. Este decreto se refiere únicamente á las prendas judiciales, por lo cual no cabe en este lugar. ¿Están vigentes estas limitaciones?

Dada la libertad de contratacion, consignada en varias leyes, es dudoso que puedan sustentarse aún aquellas prohibiciones, al ménos tratándose de prendas constituídas por la voluntad de las partes, en virtud de convenios libremente otorgados.

Artículo 1775.—Puede dar sus cosas en prenda todo el que tiene la facultad de enajenarlas.

ORÍGENES

Lay 7.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1776.—La prenda constituída en cosa que no pertenece al deudor, es válida desde el momento en que éste adquiere su dominio, siempre que hubiese sido entregada al acreedor, ó que éste ignorase que la cosa no pertenecía al deudor.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Segun dispone terminantemente la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 5.ª, al empeñarse una cosa ajena cuando se tiene esperanza de conseguirla, *finca empeñada desde el momento en que el que la empeñó gana el señorio della* (Sent. 6 Febrero 1863).

COMENTARIO

Pueden constituír ó entregar cosas en prenda:

1.º El que tiene la libre facultad de enajenar, con tal que lo haga en cosas propias del mismo.

2.º Los administradores legales (padres, maridos, tutores y curadores), con las limitaciones que establecen las leyes.

3.º Todo el que obtenga permiso del dueño de la cosa, cuando ésta no fuera de la propie-

dad del deudor, ó si aquél ratifica la constitucion de la prenda.

4.º El que no fuere dueño de la cosa empeñada en la época en que la dió en prenda, ni haya obtenido permiso ni ratificacion del dueño, con tal que adquiera su dominio con posterioridad.

Cuando se empeñan cosas ajenas, es preciso obtener previamente la autorizacion del dueño de las mismas, ó que éste ratifique la entrega de la prenda. Si no mediare consentimiento ni ratificacion, estará obligado el deudor á constituír nueva prenda, en equivalencia de la anterior.

Alguna vez empeña el hombre cosas ajenas, pero con la esperanza de llegar á ser dueño de ellas: en tal caso la prenda está bien constituída, áun cuando no medie consentimiento de dueño, si despues llega el deudor á adquirir la propiedad sobre aquellas cosas.

En los artículos siguientes se desenvuelve la doctrina que dejamos consignada en este comentario.

Artículo 1777.—Cuando se constituya en prenda una cosa ajena deberá obtenerse el consentimiento expreso ó tácito del dueño de la misma, ó su ratificacion.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1778.—Empeñada una cosa á un acreedor, no puede empeñarse á otro sin consentimiento del primero, á no ser que el valor de la cosa baste á cubrir los dos créditos.

Si la cosa se empeñó al segundo sin consentimiento del primero, el deudor estará obligado, si aquélla no cubre ambos créditos, á garantizar el segundo con otra prenda equivalente. Lo mismo se observará cuando se diere en prenda una cosa ajena, si el acreedor lo ignora.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 9.ª, tít. XIX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Siendo la cosa propia del deudor, vale la prenda constituída á dos acreedores, si basta para cubrir ambos créditos. En otro caso la segunda prenda únicamente será válida si el deudor obtuvo el consentimiento del acreedor á quien primero la hubiere empeñado. En otro caso deberá entregar al segundo otro *peño* que *vala tanto quanto avia resciuido dél.* Cuando se empeñare cosa ajena, vale si medió el consentimiento del dueño. Si no lo hubo, deberá el deudor entregar prenda equivalente á su acreedor.

Artículo 1779.—Cuando el deudor se obligase á constituír en prenda todos sus bienes, no se comprenderá en obligacion el lecho cotidiano del deudor ó de su mujer é hijos, ni las ropas y efectos de uso ordinario, ni los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el mismo se dedique, pero sí todas sus demas cosas presentes y futuras.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIII, Partida 5.ª
Art. 951, ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO

Los objetos que se enumeran en este artículo pueden darse en prenda. Más cuando una persona declarase que constituía en prenda *todos sus bienes*, sin determinar cada una de las cosas que da en prenda, no se comprenderán bajo aquella frase genérica los utensilios y otras cosas que se enumeran en el artículo.

Cuando la prenda se constituyere judicialmente, tampoco podrá recaer sobre dichos objetos.

Artículo 1780.—Si el apoderado ó mayordomo empeñase cosas de su amo sin su noticia, y la deuda contraída fué en utilidad de éste, podrá el acreedor retener la cosa si le hubiere sido entregada, hasta que se haga pago de la deuda; y si no le fué entregada, podrá repetir por la cantidad que prestó.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1781.—El tutor ó curador puede empeñar la cosa mueble perteneciente al menor, siempre que el préstamo se contraiga en utilidad de éste.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

La prenda podrá entregarse por el tutor ó curador, siempre que la deuda se contraiga en utilidad del huérfano ó incapacitado.

Si se tratase de constituír hipoteca, sería precisa la autorizacion judicial, previo expediente de necesidad y utilidad.

Artículo 1782.—Nadie puede tomar por sí mismo las cosas de su deudor en garantía del cumplimiento de las obligaciones de éste.

El que contraviniere á lo dispuesto en este artículo incurrirá en la responsabilidad establecida en el último párrafo del artículo 1262 (1).

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VI, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. XIX, lib. III, Fuero Real.
Ley 4.ª del Estilo.
Ley 11, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1783.—El pacto de que, pasado cierto tiempo sin satisfacer la deuda, adquiera el acreedor en pleno dominio y haga suya la cosa entregada en prenda, es completamente nulo, á no ser que haya de quedarse con ella el acreedor por su precio en estimacion.

Todos los demas pactos que se unan á la constitucion de la prenda son válidos, no siendo contrarios á las leyes y buenas costumbres.

(1) Tomo II de esta obra, pág. 52.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Noviembre 1865.

COMENTARIO

Llámase pacto *comisorio* la convencion hecha entre el acreedor y el deudor, por la cual resuelven que si el deudor no satisface la deuda en el término prefijado, se quede el acreedor con la prenda, haciéndola suya por sólo lo que tiene dado sobre ella.

Este pacto está reprobado; pero «si el pleyto fuesse puesto de guisa, que si el peño non le quitasse fasta día cierto el que lo empeñó, que fuesse suyo vendido, é del otro comprado *por tanto precio quanto le apreciaren omes buenos*,» dejaría de ser pacto comisorio para convertirse en una convencion válida.

Otro pacto declara nulo la ley de Partida, pero que no puede ménos de tenerse por válido: es el pacto *anticrético*.

Consiste este pacto en que el acreedor perciba por vía de intereses los frutos de la prenda que le entregare el deudor, hasta que llegue el caso de que éste le satisfaga el importe de la deuda.

Este pacto era tambien reprobado por usurario. Mas despues de la publicacion de la ley de 14 de Marzo de 1856, que abolió la tasa del interes, entienden los autores que el pacto anticrético no está reprobado, pudiendo el prestamista cobrar los intereses en frutos, del mismo modo que en metálico, ó una parte en metálico, y en frutos la otra parte.

Artículo 1784.—El acreedor debe conservar la cosa con el esmero que emplea todo hombre medianamente cuidadoso de sus cosas, y no podrá usar de ella sin permiso del deudor.

Cuando la cosa se perdiere por culpa ó negligencia del acreedor, ó por usar de ella sin permiso de su dueño, deberá indemnizar á éste el valor de aquélla.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Procuraremos resumir en pocas palabras los efectos del contrato de prenda en cuanto á los derechos y deberes del acreedor.

Los derechos del acreedor pueden reducirse á seis:

1.° Retener y conservar la cosa bajo su custodia ó la de un tercero, si así se hubiere estipulado, hasta que el deudor pague ó cumpla su obligacion.

2.° Conservar y retener del mismo modo la cosa hasta que el deudor le haya abonado los gastos necesarios hechos en la conservacion de la prenda y los daños y perjuícios que le hubiere ocasionado.

3.° Retener y conservar del mismo modo la prenda hasta que el deudor le satisfaga la deuda que contrajere con posterioridad á aquella que motivó la constitucion de la prenda, á no ser que, vendida ó empeñada la cosa á un tercero, éste satisficiera al primero el importe de la deuda para cuya seguridad se constituyó la prenda, conforme á lo dispuesto en el art. 1793.

4.° Dar en prenda á su acreedor la cosa empeñada, con las limitaciones del art. 1797.

5.° Vender la cosa prendada si en cierto plazo el deudor no le hiciere pago de la deuda.

6.° Quedarse con la cosa por su justo valor, en equivalencia de la deuda no satisfecha, si el deudor lo consintiere.

En los siguientes artículos se desenvuelve esta doctrina.

En cuanto á los deberes del acreedor ó prendario, son:

1.° Conservar la cosa de la manera que lo hacen los hombres medianamente diligentes, es decir, prestando la culpa leve.

2.° No debe usar la cosa empeñada á no ser con permiso del dueño de la misma, pues si así no lo hiciere, responderá de la pérdida ó deterioro que experimentase.

3.° Devolver la prenda tan luégo como haya sido satisfecha la deuda ó deudas á que se halle aquélla afecta, con más las indemnizaciones de gastos, daños y perjuicios que correspondan segun los casos.

4.° Abonar al deudor los daños y perjuicios que le ocasionare, si fuera moroso en restituirle la prenda.

Véanse los artículos siguientes, donde se completa esta doctrina.

Artículo 1785.—Empeorada ó perdida la cosa dada en prenda por culpa ó negligencia del acreedor, se entenderá disminuída ó extinguida la deuda en tanto cuanto sea el daño ó pérdida sufridos, sin perjuício de que el acreedor indemnice al deudor si el daño fuere de más entidad que su crédito.

ORÍGENES

Ley 36, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1786.—Cuando la cosa dada en prenda se perdiese por ocasion ó caso fortuíto que se produjeron sin culpa del acreedor, éste no tendrá que responder de ella, sin que pierda el derecho á reclamar su crédito, á no haberse pactado lo contrario.

La prueba del caso fortuíto pertenece al mismo acreedor.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Para que el acreedor no pierda ó aminore su crédito, cuando la cosa prendada se perdió por ocasion ó caso fortuíto, es preciso:

1.° Que justifique el caso fortuíto.

2.° Que no se haya pactado entre las partes que el acreedor sufra la pérdida ó deterioro en este caso.

3.° Que el caso fortuito no se haya producido por culpa del acreedor.

Respecto á este último punto, debe tenerse presente que áun cuando la cosa se perdiere por caso fortuíto, como un robo, no estará exento de responsabilidad el acreedor, si pudiendo prevenirle y evitarle, no lo hizo. Por eso los intérpretes distinguen dos clases de culpa: *in admittendo*, que consiste en hacer un daño, y *omittendo*, que consiste en no evitarlo por falta de cuidado.

Artículo 1787.—Las prendas quedan obligadas desde que se otorgaron, áun cuando no se hubiesen entregado al acreedor, á no ser que se trate de prendas constituídas judicialmente, en cuyo caso no quedan obligadas hasta que se entreguen al acreedor.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo que esta ley quiere decir es, segun expresa Gutierrez, no que el contrato de prenda voluntario no sea real, sinó que, convenido un deudor con su acreedor en que ha de entregarle cierta cosa en prenda, la convencion es válida y obligatoria; mas este convenio no es la prenda, como la promesa de arrendar es diferente del arrendamiento.

La diferencia que entre la prenda convencional y la judicial señala este artículo, se apercibe sin más explicacion.

Artículo 1788.—Si decretada judicialmente la constitucion de la prenda, el deudor empeñare á un tercero la cosa sobre que se mandó constituír, ántes de que hubiese sido entregada al acreedor á cuyo favor la decretó el juez, tendrá preferente derecho sobre la cosa el segundo á quien fué empeñada.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El contenido de este artículo es consecuencia lógica é inmediata de lo que dejamos consignado en el artículo precedente: *Melior est conditio possidentis.*

Artículo 1789.—Entregados en prenda los títulos de propiedad de una cosa, se entiende empeñada ésta, pudiendo el acreedor reclamar del deudor ó sus herederos la entrega de la misma.

Si despues de empeñada la cosa, y ántes de haber sido entregada al acreedor, el deudor la donase, vendiese ó empeñase á un tercero al cual hiciere entrega de la misma, el acreedor podrá demandarla del poseedor, si despues de haber reclamado del deudor el pago de lo debido, no fuere satisfecho su crédito. Si la donacion, enajenacion ó empeño e hubiere verificado despues de incoado el pleito en reclamacion de la prenda por el acreedor, éste podrá dirigirse, á su eleccion, contra el deudor ó contra el tercero.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No se infringen las leyes 14 y 27, tít. XIII, Partida 5.ª, y axioma legal, que tratan del derecho que se gana en la cosa empeñada y de que lo há mayor en ella, el que primeramente la rescibe en peños, por la sentencia que deniega una tercería de mejor derecho, intentada por la mujer del ejecutado, contra la demanda promovida por un Ayuntamiento, acreedor de los bienes del marido, cuando la hipoteca legal que dicho Ayuntamiento tenía en los bienes del deudor, por el alcance que le resultó con ocasion de la depositaría de fondos públicos, que habia desempeñado el anterior, á lo que asiste á la mujer por razon de su dote en los mismos bienes (Sent. 28 Junio 1871).

COMENTARIO

Cuando una misma cosa es empeñada á dos distintos acreedores, por un mismo deudor, «guisada cosa es é derecho que aquel que rescibe primeramente la cosa á peños, que mayor derecho aya en ella, que el otro que la rescibe despues.»

Ahora bien; cuando el primer acreedor no recibe la cosa, habrá de dirigirse contra el deudor, para que inmediatamente le pague la deuda; «é si lo auer non pudiere, nin cobrar de aquel que gela empeñó,» podrá dirigirse contra el segundo acreedor ó poseedor de la cosa empeñada.

Mas si «aquel que avia empeñado la cosa la vendió, ó la enajenó despues quel movió pleito sobre ella, aquel á quien era empeñada, en su escogencia seria, de la demandar luego primeramente tal debda á aquel que gela avia empeñado, ó la cosa al que fallasse en la possesion della, á cual dellos mas quisiere.» La razon de este precepto no es otra que evitar que el deudor enajene la cosa en fraude de un acreedor, cuyo fraude se presuma, cuando despues de reclamar el acreedor la entrega de la prenda ofrecida, la enajena, dona ó empeña á un tercero.

Artículo 1790.—La prenda subsiste aunque se disminuya la cosa sobre que se constituyó, ó cambie su estado.

La prenda se amplía á las mejoras y accesiones de la cosa.

Si el poseedor de la cosa no fuere dueño de ella y creyendo de buena fe que era suya hiciese alguna mejora, el acreedor á quien se hubiese dado en prenda no podría desapoderarle de ella sin abonarle ántes los gastos conocidamente hechos en utilidad de la cosa.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

La prenda, como derecho real, está unida á la cosa de tal manera, que subsiste áun cuando ésta se deteriore ó cambie de estado, así como se extiende á las accesiones y acrecentamientos que tenga.

Sin embargo, si la cosa cambiara esencialmente, de manera que la prenda no fuese ya la misma cosa, sería dudoso, cuando ménos, que pudiera continuar el derecho del prendario, pues parece que la ley se refiere más al cambio de estado que al cambio de naturaleza.

En cuanto á lo dispuesto en el último párrafo, su precepto consiste sencillamente en autorizar al tercer poseedor que de buena fe mejoró la cosa para que la retenga, en tanto que se le abonen los gastos hechos.

Dice Gregorio Lopez, y de la misma opinion se muestra partidario Gutierrez, que si el poseedor prefiriese pagar la estimacion de la cosa, habida consideracion al valor que tenía en el tiempo que la poseyó, podría hacerlo sin que se le pudiese exigir otra cosa.

Si las mejoras hubieren sido hechas por el acreedor prendario, tendrá la accion *pignoraticia contraria* para que el deudor le indemnice de los gastos ocasionados por dichas mejoras. (Véase el art. 1814).

Artículo 1791.—La prenda se entiende constituída, no sólo sobre la cosa, sinó tambien sobre sus frutos, si éstos se produjeron ó fueron concebidos ántes de venderse y entregarse la cosa á un tercero.

No se ampliará la prenda á los frutos cuando éstos se produzcan y fueren enajenados despues de enajenada la cosa y dada posesion de la misma á un tercero.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Las palabras de la misma ley aclaran la doctrina de este precepto. «Si aquel que empeñó su eredad, seyendo el tenedor della, la sembró; ó si se empreñó si era sierua, otro ganado cualquier de aquellos que conciben, é paren, maguer despues desto la vendiesse ó la empeñasse á otro, ó la enajenasse de otra manera qualquier; dezimos que tambien fincan obligados los frutos de qualquier destas cosas sobredichas, á aquel que las tenia á peños como la cosa misma que le fué empeñada. Mas si aquel á quien es enajenada la cosa que es puesta en peños seyendo tenedor della, la sembrasse ó diesse otro fruto de sí, dezimos que estonce los frutos non fincan obligados á aquel á quien era primeramente obligada la cosa en peños.»

Artículo 1792.—Otorgada la prenda bajo condicion ó á día cierto, no puede el acreedor reclamarla hasta que se cumpla la condicion ó venga el día.

Si temiere que el deudor ha de ausentarse, podrá reclamar de éste que entregue la cosa desde luégo ó que constituya fianza á responder de la misma hasta que llegue el plazo ó la condicion.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1793.—La cosa dada en prenda responde, no solamente de la deuda en cuya garantía se constituyó, sinó de la posterior que contrajere el mismo deudor. Lo dispuesto en este párrafo se observará únicamente entre los contrayentes y sus herederos.

Si el dueño de la cosa entregada en prenda la vendiese ó empeñase á un tercero, y éste la reclamare del primer acreedor ofreciéndole el importe del crédito por que estaba

empeñada, no podría excusarse de entregarla, áun cuando el deudor hubiere contraído con él una nueva deuda.

ORÍGENES

Ley 22, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El acreedor á quien se entregare una cosa en prenda como garantía de cierta deuda, podrá conservarla como garantía de otra deuda que con él hubiere contraído posteriormente el mismo deudor, es decir, que, constituída la prenda para responder de una deuda, no estará obligado á restituirla el acreedor, sinó mediante el pago de aquélla y la que se hubiere contraído nuevamente.

Esta regla tiene una excepcion, consignada en el segundo párrafo del artículo, y es el caso en que la prenda se hubiere vendido á un tercero que la reclamare del prendario, mediante el abono de la deuda primera. Entónces el acreedor no podrá retener la cosa para garantía de la deuda posterior.

La ley no dice si para que tenga lugar la excepcion es preciso que la segunda deuda se haya contraído despues de la venta, en el tiempo que media entre ésta y la reclamacion del comprador, ó si será lo mismo cualquiera que sea el tiempo en que se hubiere contraído.

Artículo 1794.—Empeñada una cosa á dos distintos acreedores, tiene derecho preferente aquel que primero la recibió en prenda.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se hubieren constituído las prendas en garantía de dos cantidades aún no entregadas por los prendarios, adquirirá el segundo de éstos preferente derecho si hiciese efectivo el préstamo en poder del que entregó la prenda, ántes que el primero á quien fué empeñada.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1795.—Otorgada la prenda bajo condicion, si ántes que ésta se cumpla el deudor la empeñare á otro, una vez que la condicion se cumpla, debe ser preferido en la prenda el primer acreedor.

Cuando dos personas, ninguna de las cuales sea dueña de la cosa, la dieren en prenda á dos diferentes acreedores, será preferido el que de éstas hubiere tomado posesion de la misma, áun cuando sea el último.

Cuando una cosa fuere empeñada á dos diferentes acreedores por el dueño de la misma y un extraño, tendrá preferencia sobre aquélla el acreedor del dueño, aunque su contrato sea posterior.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 32, tít. XIII, Partida 5.ª, trata de quién tiene mejor derecho en la cosa empeñada á dos personas (Sent. 24 Enero 1876).

COMENTARIO

El artículo anterior y el presente se completan, señalando la preferencia de los acreedores en la prenda segun diversos casos que pueden presentarse. Su precepto es tan claro y su razon de decidir tan obvia, que es inútil toda explicacion. (Véase el art. 1789.)

En los artículos siguientes se completa esta materia.

Artículo 1796.—Si empeñada una cosa á dos distintos acreedores se diere en prenda despues á un tercero, éste será preferido en la cosa al primero en los siguientes casos:

1.° Si este tercero recibió la cosa en prenda bajo la condicion de que la cantidad prestada se invirtiese en satisfacer su crédito al primero.

2.° Cuando se hubiera estipulado en el acto del contrato que se le traspasara el derecho que él mismo tenía.

3.° Que el dinero había de ser dado al primero, y no á ningun otro.

Si el segundo acreedor reembolsase al tercero el importe de su crédito, áun cuando no hiciere pacto ninguno con él, le reemplazará en su derecho sobre la prenda.

Si un extraño que no tuviere derecho sobre la prenda la rescatara del primer acreedor, pactando con él la cesion ó traspaso de sus derechos, adquirirá el extraño la preferencia sobre la cosa como si fuere el primer prendario.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Las preferencias que entre diversos acreedores prendarios resuelve esta ley, se hallan regidas ó motivadas por un solo principio, la subrogacion de acciones y derechos. Estas cuestiones se relacionan con las de privilegios y prelacion de créditos que trataremos en otro lugar.

Artículo 1797.—El prendario puede á su vez empeñar la cosa empeñada á su acreedor; pero una vez satisfecho el crédito de aquél, deberá restituír la cosa á su dueño y entregar al acredor otra prenda en equivalencia de la primera.

ORÍGENES

Ley 35, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1798.—Si á responder de una obligacion se hubiere constituído fianza personal y prenda á un mismo tiempo, y el deudor empeña á un tercero la prenda ántes de haber sido entregada al primer acreedor, puede el fiador á quien se hubiere demandado por el primer acreedor, si satisfizo el crédito de éste, reclamar la cosa prendada al segundo acredor, á no ser que el deudor le pague lo que desembolsó por razon de la fianza, en cuyo caso deberá restituírle la prenda.

Tambien deberá el fiador restituír la prenda al segundo acreedor, si éste le abonase lo que satisfizo por razon de la fianza.

ORÍGENES

Ley 45, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Aclara el concepto de la ley el ejemplo puesto por Gutierrez. Supongamos,—dice,—que una persona obligada á dar ó hacer á otra cierta cosa, presta á su acreedor dos cosas á la vez, fiadores y prenda, y que ántes de entregar la prenda al primero la empeña á un segundo acreedor; que el primer acreedor reclama del fiador la deuda, y cobra, y el fiador persigue la prenda de quien la tiene; aunque lo consiga, es decir, que el juez le mande entregar la prenda, con todo, si el deudor le satisface lo que pagó por él, debe devolverle la prenda.

Lo mismo tendrá que hacer en beneficio de segundo acreedor, si éste le demanda la prenda, pagándole la cantidad que satisfizo al otro á quien había sido primeramente empeñada.

Artículo 1799.—Empeñada una cosa en diversos tiempos á dos acreedores, si fuere adjudicada en pago al primero, puede obtenerla el segundo, previo abono á aquél de la cantidad á que ascienda su crédito.

Si el segundo acreedor hubiere comprado la prenda al primero, que tenía derecho á venderla, podrá recuperarla el deudor, siendo dueño de ella, abonando en cualquier tiempo al segundo acreedor el importe de su crédito y el precio que satisfizo por la compra.

En este caso los frutos que entre tanto produjere la cosa pertenecerán al comprador.

ORÍGENES

Ley 46, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 46, tít. XIII, Partida 5.ª, establece que cuando una misma cosa empeñada ó hipotecada á dos acreedores en diferentes tiempos, es despues dada por el deudor al primer acreedor en pago de la deuda, debe éste entregarla ó *desampararla* al segundo, si de él recibe la cantidad que había dado sobre la cosa empeñada (Sent. 6 Diciembre 1873).

No habiéndola recibido el primer acreedor, mal puede entregarla al segundo (Sent. id. id.).

Artículo 1800.—Empeñada una cosa bajo la condicion, de que, trascurrido cierto tiem-

po sin redimirla, pueda enajenarla el acreedor, deberá éste, llegado el caso, intimar al deudor ó á alguno de su casa, si aquél se hallare ausente, haciéndole saber que procederá á la venta.

Hecha esta intimacion, ó intentada sin efecto, si por alguna causa justa no pudiere cumplirse, podrá proceder á la venta en pública subasta de buena fe y sin engaño, devolviendo al deudor la diferencia entre la deuda y el precio, si lo hubiere, ó reclamándola del mismo deudor en otro caso.

ORÍGENES

Ley 41, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1801.—En el caso del artículo precedente, el deudor no podrá oponerse á la venta, á no ser que satisfaga inmediatamente el importe de la deuda, ó cumpla la obligacion que sobre él pesare.

Si el acreedor hubiere enajenado la cosa sin llenar las formalidades prescritas por la ley, puede el dueño reclamar la cosa del comprador, abonándole el precio de la venta, si fuere igual ó menor que la deuda. Si fuere mayor, únicamente le abonará la cantidad á que ascendiere la deuda, debiendo el acreedor satisfacer el exceso. Siendo el precio menor, la diferencia debe conservarse á disposicion del acreedor.

No tendrá lugar lo dispuesto en el párrafo que antecede si el comprador hubiere prescrito la cosa, en cuyo caso el acreedor indemnizará al deudor los daños y perjuícios que se le hubiesen irrogado.

ORÍGENES

Ley 48, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1802.—Si el acreedor enajenó la cosa con engaño á ménos precio del justo, puede el deudor reclamarle daños y perjuícios.

Si el acreedor fuere tan pobre que no pudiera cobrarse de él, y el comprador hubiere sabido el engaño, podrá reclamar el deudor la cosa y sus frutos previo abono del precio en que se hizo la venta, al mismo comprador, sin que éste pueda, sin permiso del dueño, retenerla ni áun abonando la diferencia entre el precio de la venta y el precio justo. Si el comprador no hubiese sabido el engaño y contrató de buena fe, no tendrá lugar lo dispuesto en este párrafo, sinó lo prevenido en el anterior.

ORÍGENES

Ley 49, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1803.—Si el acreedor vendiese legítimamente la cosa, no como suya, sinó como empeñada, y el comprador demandado por ella fuere vencido en juício por un tercero, responderá de la eviccion el que la dió en prenda, y no el acreedor que la enajenó, á no ser que éste se obligase expresamente al saneamiento, ó que al vender la cosa supiere que no era de su deudor.

ORÍGENES

Ley 50, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Para que el acreedor que vende la cosa que se le dió en prenda no esté obligado al saneamiento en caso de eviccion, es preciso: 1.°, que la venda, pudiendo hacerlo por virtud de pacto con el deudor; 2.°, que la venda, no como de su propiedad, sinó como prenda; 3.°, que no se hubiere obligado expresamente al saneamiento; 4.°, que ignorase que la cosa no pertenecía al deudor.

Faltando alguna de estas circunstancias, la obligacion de sanear recae sobre el vendedor, es decir, sobre el prendario.

Artículo 1804.—Si no se hubiere fijado plazo dentro del cual deba el deudor rescatar la prenda abonando la deuda, ni se ha pactado sobre la venta, podrá el acreedor enajenaria si despues de haber requerido ante testigos al deudor dejase éste trascurrir doce días sin efectuar el pago.

El acreedor puede vender la cosa empeñada, no obstante el pacto en contrario. Mas si se hubiere estipulado que no pueda enaje-

narla, deberá requerir al deudor ante testigos tres veces, y solamente despues que hayan trascurrido dos años desde el último requerimiento sin hacer efectivo el pago, podrá ser enajenada la prenda.

En todo caso la venta se hará en pública subasta. Si la venta fuere judicial, se acomodará á las disposiciones de la ley de procedimientos.

ORÍGENES

Ley 42, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XIX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 2078, Cód. Francia.—1884 Italia.—864 Portugal.—1200 Holanda.—1563 Vaud.—1689 Neufchatel.—1837 Valais.—3132 Luisiana.—2035 Bolivia.—461 y 1371 Austria.—20, tít. XX, parte 1.ª, Prusia.

JURISPRUDENCIA

No resultando que se haya procedido á la venta de cosa dada en prenda, no tiene aplicacion la ley que prescribe que aquélla se celebre en almoneda pública, requiriéndose al deudor ántes de la ejecucion (Sent. 15 Octubre 1874).

COMENTARIO

El principal derecho del acreedor sobre la prenda consiste en cobrar su crédito mediante venta de la cosa empeñada. Así es que este derecho le pertenece, no solamente cuando así lo hubieren pactado el deudor y prendario, sinó tambien cuando nada hubieren dicho ni estipulado sobre el particular, y áun en el caso en que se pactare contra la facultad de vender. La única diferencia consiste en que, segun los casos, podrá el acreedor hacer la venta una vez vencido el término ó inmediatamente despues de hecha la intimacion al deudor, ó deberá esperar doce dias despues del requirimiento primero, ó dos años despues del tercer aviso.

De lo que no podrá prescindirse en ningun caso es de hacer la venta en *almoneda pública*, sin que intervenga engaño ni mala fe.

Artículo 1805.—Cuando se hubiere constituído la prenda con dos ó más cosas, puede el acreedor venderlas todas ó alguna de ellas por el crédito ó por lo que restare de él. Idéntico derecho corresponde en su caso á los herederos del acreedor.

El comprador de la cosa empeñada recibe la propiedad sobre la misma, como si la adquiriese de su dueño, siempre que haya tomado posesion y pagado el precio.

ORÍGENES

Ley 43, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1806.—El menor de edad que empeñare una cosa bajo la condicion de que si en cierto plazo no satisfacía la deuda pudiese el acreedor vender la cosa, podrá, si el acreedor llegó á enajenarla válidamente, rescindir la venta probando que se hizo en su daño y abonando al comprador el precio hasta la cantidad á que ascendía la deuda.

Lo mismo se observará cuando el que entregó la prenda estuviere ausente por causa de la república ó cautivo ó en estudio. Esta accion dura cuatro años.

ORÍGENES

Ley 47, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1807.—El acreedor que enajenare la cosa dada en prenda no puede comprarla, á no ser con autorizacion del deudor.

Si por consideraciones á éste dejare de presentarse comprador, podrá el prendario acudir al juez para que se la adjudique por su precio.

En este caso la diferencia que entre la deuda y el precio de la cosa puede existir se abonará por el acreedor ó el deudor, segun fuere en pro ó en contra de éste.

ORÍGENES

Ley 44, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Si bien es verdad que el que tiene una cosa en prenda no la puede comprar cuando se ponga en venta para hacerse pago de la deuda á cuya seguridad se halle constituída, esto no se entiende si lo hace *con otorgamiento é á plazer del señor de ella* (Sent. 27 Junio 1866).

Artículo 1808.—Cesa el derecho del acreedor sobre la prenda:

1.° Cuando se ha extinguido la obligacion garantizada por la paga de la deuda, ó si habiéndose negado el acreedor á recibir el precio, se hubiere depositado en lugar seguro *(a)*.

2.° Si el deudor ó un tercero hubieren prescrito la cosa con buena fe mediante la posesion de treinta años *(b)*.

3.° Si el acreedor remitiese la obligacion prendaria, bien expresamente devolviendo la prenda, diciendo al deudor que se la entrega libre de aquella carga, ó bien tácitamente por actos del mismo acreedor que demuestren su intencion de remitir *(c)*.

4.° Si el acreedor remitiese expresa ó tácitamente la obligacion garantizada *(c)*.

ORÍGENES

(a) Ley 38, tít. XIII, Partida 5.ª
(b) Ley 39, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Recopilacion (63 de Toro).
(c) Ley 40, tít. XIII, Partida 5.ª
Leyes 1.ª y 9.ª, tít. XIX, Partida 5.ª

COMENTARIO

Extinguida la obligacion principal por cualquiera de los medios admitidos por el derecho, queda anulado el derecho del acreedor sobre la prenda. Esta regla es consecuencia lógica del carácter de obligacion accesoria que tiene la constituida sobre las cosas empeñadas.

El mismo principio se expresa en el número 1.° y en el 4.° de este artículo, refiriéndose á diversos medios de extinguirse la deuda principal.

Aunque la ley no enumera entre éstos más que la paga, consignacion y remision, debe entenderse lo mismo de los otros modos de acabarse las obligaciones que hemos estudiado en la parte general de la contratacion.

En cuanto á la prescripcion de la cosa prendada, hacen notar los Sres. La Serna y Montalvan el desacuerdo evidente en que ha quedado la prescripcion del derecho de prenda con la del de hipoteca, cuya duracion, segun el derecho novísimo, sólo se extiende á veinte años, porque á este tiempo espira la accion para reclamarla.

Por último, la remision del *derecho de prenda* extingue tambien el que el acreedor tenia sobre la cosa empeñada; mas entiéndase que por la renuncia de aquel derecho no se entiende remitida la deuda principal, sinó que se observará lo prevenido en el artículo siguiente.

Artículo 1809.—En el caso del núm. 3.° del artículo anterior, la remision expresa de la obligacion prendaria no priva al acreedor del derecho de cobrar la deuda, como no la remitiere manifiestamente.

ORÍGENES

Ley 40, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El derecho de prenda puede ser renunciado: 1.°, expresamente; 2.°, de una manera tácita.

En el primer caso no se entiende remitida la deuda, á no ser que *manifiestamente dixese quel quitaba tambien el debdo.*

En el segundo caso, remitida tácitamente la prenda, como si el señor del debdo que touiesse la carta, la cancelasse ó la rompiesse ó diesse á aquel que gela empeñara, se entenderá remitida igualmente la deuda garantizada.

Si la renuncia se hiciere por miedo, fuerza ó engaño, sería nula.

Artículo 1810.—Si decretada judicialmente la venta de bienes de un deudor, á instancias de su acreedor, resultare que aquel no posee otras cosas que una empeñada á otro acreedor, deberá venderse dicha cosa abonando al acreedor prendario su crédito y entregando lo demas al acreedor, á cuya instancia se hizo la venta.

ORÍGENES

Ley 38, tít. XIII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Para que tenga aplicacion la doctrina de este artículo, será preciso que el deudor no tenga otros bienes que la cosa empeñada. ¿Podrá procederse de igual modo cuando teniendo otros bienes éstos fueren insuficientes para el pago de la deuda del segundo acreedor?

Será preciso tambien, en opinion de Lopez, que la cosa empeñada sea de valor superior al de la cantidad por que está empeñada, pues si únicamente cubriese el primer débito, no debería enajenarse.

Esta venta se verificará por el juez, á peticion del acreedor no prendario.

Artículo 1811.—El acreedor que reclamare de un tercero la entrega de la cosa empeñada deberá justificar:

1.° Que el deudor le empeñó aquella cosa.

2.° Que el deudor era dueño de aquella cosa en el tiempo en que se la empeñó.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1812.—En el caso del artículo anterior, si el tercer poseedor de la cosa abonare al demandante el importe de su crédito, no estará obligado á entregarle la prenda, aunque se justifiquen los dos extremos que comprende el mismo artículo.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes 14 y 18, tít. XIII, Partida 5.ª, tratan del derecho que gana el hombre en la cosa que está obligada á peños, y del modo de probar esta obligacion; siendo, por consiguiente, inaplicables al pleito que versa sobre reconocimiento de un censo y pago de pensiones, como materias muy diversas (Sent. 24 Abril 1874).

Artículo 1813.—El acreedor que reclamare de un tercero la cosa empeñada, si éste la trasladase ú ocultase despues de haber justificado aquél los extremos que comprende el art. 1811, deberá ser reintegrado de su crédito y de los daños y perjuícios que le causare la ocultacion ó traslacion. Si la cosa se perdió por culpa del tercero, pero sin engaño de éste, únicamente podrá aquél reclamar el pago del crédito. Si el tercero no hubiese perdido ni ocultado la cosa, pero se resistiere á entregarla, podrá el acreedor optar entre recibir la cosa misma y cobrar la deuda con los daños y perjuícios. Si la cosa se hubiere trasladado sin mala fe á un lugar donde no pudiere ser entregada, deberá el juez señalar un plazo para que la entregue ó abone al acreedor el importe de su crédito.

Lo dispuesto en este artículo es igualmente aplicable al caso en que el acreedor demandase la cosa prendada al mismo deudor.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 1814.—El deudor debe indemnizar al acreedor de las mejoras y gastos hechos para la conservacion de la prenda.

El acreedor que se negare á restituír la prenda una vez satisfecho su crédito y la indemnizacion á que se refiere el párrafo anterior, deberá abonar al dueño de la cosa los daños y perjuícios que le ocasione su demora.

ORÍGENES

Leyes 15 y 21, tít. XIII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 21, tít. XIII, Partida 5.ª, queriendo alguno cobrar la cosa que *ouiesse empeñado*, deue primeramente pagar la deuda que recibió cuando la empeñó (Sent. 27 Junio 1867).

COMENTARIO

El deudor debe satisfacer, no sólo la deuda principal, en cuya garantía entregó la prenda, sinó tambien «todas las despensas guisadas, que fueren fechas por pro de la cosa empeñada para mantenerla, que non se perdiesse ó se empeorasse: ó para mejorarla, assí como si fuesse bestia que le deuiessen dar ceuada, é las despensas que fizo dándole á comer, é las que fizo en ferrarla, ó en las otras cosas semejantes destas que le eran menester...»

Los autores entienden que, en cuanto á las mejoras, únicamente deberán abonarse las ne-

cesarias, dividiéndose las opiniones en cuanto á las útiles.

Segun expresa Gutierrez, Ulpiano, que analizó cuidadosamente este punto, dice que cuando un acreedor ha hecho, por ejemplo, «aprender un oficio á un esclavo dado en prenda (lo cual constituye una mejora útil), si ha obrado al hacerlo así conforme á la intencion del deudor, tendrá la accion pignoraticia contraria para reclamar los gastos hechos por esta razon: si no, para que tenga lugar la accion será preciso que le haya hecho aprender un oficio necesario. Aun así, añade, no tendrá derecho á indemnizacion, si se elevara tanto que el dueño no pudiera pagarla y se viere en la precision de abandonar su esclavo; pues si el acreedor no debe descuidar la cosa que ha recibido en prenda, tampoco debe restituirla de modo que sea su adquisicion onerosa al deudor. El juez debe tomar un término medio, no prestando oidos ni á un deudor delicado ni á un acreedor gravoso.»

TÍTULO XXI

DE LAS HIPOTECAS

CAPITULO PRIMERO

DE LAS HIPOTECAS EN GENERAL [1]

Artículo 1815.—Las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor.

---

(1) Es tan necesario el conocimiento de la *Exposicion de motivos* que precede á la ley Hipotecaria para la recta aplicacion y comprension clara de ésta, que no hemos creido pudiera prescindirse de ella en una obra de la índole de la presente. Por otra parte, y dejando á un lado el mérito que se reconoce á dicha *Exposicion*, ninguna doctrina ha de tener la autoridad que la desenvuelta por el mismo legislador á la cabeza de este cuerpo de derecho interesantísimo. Movidos por estas razones, incluiremos por nota en cada capítulo la parte correspondiente de la *Exposicion de motivos*. La que se refiere al presente dice así:

De las hipotecas.—Al tratar especialmente de las hipotecas, ha creido la Comision que debía, ante todo, escribir una vez más en las leyes, que la hipoteca es un verdadero derecho real, adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía, y que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave. Con la consignacion de este principio, implícitamente se aprueba la opinion de los que sostienen que, en el caso de que la cosa hipotecada haya pasado á un tercer poseedor, puede éste, cuando sea demandado, exigir y obtener que el demandante persiga por accion personal al que con él se obligó, y que sólo cuando, hecha excusion de sus bienes, resulte insolvencia, tenga derecho á reclamar por la accion real hipotecaria contra el poseedor de la cosa hipotecada. Así se ha dado nueva sancion al derecho antiguo, que siempre ha proclamado estos principios, si bien no siempre han sido llevados á sus indeclinables consecuencias. Despues de estos principios, que son la base cardinal de las disposiciones que á la hipoteca se refieren, la Comision, para quitar algunas dudas y para fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre la prenda y la hipoteca, establece que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, quitando así la anfibología que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras. En ello no ha hecho más que fijar la tecnología legal. Pero no siempre la constitucion de hipotecas se presenta de fácil apreciacion: puede dudarse hasta qué punto sean ó no hipotecables ciertos derechos, y hasta dónde son extensivos los efectos de la hipoteca. Esto da lugar á que la Comision haya introducido en unos casos restricciones á la extension de las hipotecas, y declarado que otros derechos no pueden ser hipotecados.

Hipotecas cuyos efectos están restringidos en el proyecto.—La primera restriccion que el Proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construído en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena ó mala fe del edificante, ó los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas á una ley especial de hipotecas, no podria la Comision entrar en tales apreciaciones; pero no debía dejar de consignar el principio de que

ORÍGENES

Art. 105, ley Hipotecaria.

la hipoteca del edificio construído en suelo ajeno no modifica en nada el derecho comun, ni hace de peor condicion al dueño del solar, sinó que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquél tiene, como lo exigen la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos á los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante á que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene la presuncion de serlo tambien del edificio.

En los mismos principios del derecho comun se funda lo que propone la Comision respecto á la extension de la hipoteca constituída por el usufructuario. Regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que, como personalísimo, no es comunicable ni trasmisible, dependiendo, por lo tanto, la duracion de la servidumbre de la vida del usufructuario ó de otra limitacion que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder miéntras exista la servidumbre. Consecuencia de esto es que la hipoteca quede extinguida, concluido el usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuício al acreedor hipotecario la conclusion de la hipoteca por actos que, ó no se desprendan de la naturaleza misma de esta servidumbre personal, ó de un pacto ajeno á su constitucion, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor.

No se deriva tan inmediatamente del derecho escrito la extension que la Comision propone de la hipoteca constituída sobre la mera propiedad al usufructo, si éste se consolida con ella en la persona del propietario, á no haberse pactado otra cosa. Fúndase lo que aquí se propone en la presuncion de la voluntad de los otorgantes, que, á estar animados de otras intenciones, tendrán cuidado de expresar en la constitucion de la hipoteca que siempre ha de entenderse limitada á la mera propiedad. Y esto, léjos de ser perjudicial, puede traer tambien ventajas al deudor, que tal vez conseguirá así que contento el acreedor con dirigir su accion contra los frutos, no pida ejecutivamente la venta de la finca.

No es ménos importante que esta declaracion la que hace el Proyecto respecto á las nuevas hipotecas sobre los bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos á hipotecar, ó lo que es lo mismo, en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convencion es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque ademas de no dar mayor firmeza á la seguridad de lo que se estipula, en nada perjudica al crédito que ha inscrito, pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse á él para la realizacion de lo que se le debe. Sólo es una condicion onerosa, que no debe tener fuerza civil obligatoria, por carecer de objeto, por disminuír innecesariamente, sin justicia y sin explicacion posible, el credito territorial, y por parecer, más que como garantía, una exigencia exorbitante, arrancada á la situacion angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario. El no haberse prescrito en las leyes actuales la ineficacia de este pacto podrá ser efecto, ya de que no prestó el legislador á la importante materia de las hipotecas tanta atencion como exigen hoy las necesidades de la época, ya porque limitándose á considerarlo sólo respecto á la seguridad del acreedor, y áun esto de un modo imperfecto, se desentendió absolutamente de dar extension al crédito territorial, que es una de las causas principales que hacen necesaria la reforma emprendida. Faltando, pues, toda justificacion racional á la prohibicion de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razon que dejan de ser obligatorios otros pactos, cuya injusticia aparece evidentemente, en sentir de los legisladores. Pero es necesario que la ineficacia de semejante pacto esté en la ley, porque la duda de que, considerándolo lícito, pudiera producir efecto, bastaría para retraer á algunos que, mirando la finca como suficiente á cubrir cargas é hipotecas sobre las antiguas á que está afecta, se hallaran dispuestos á hacer nuevos préstamos sobre ella.

El Proyecto contiene otras restricciones que no necesitan fundarse detenidamente para que aparezcan sus motivos. A esta clase corresponden: en la hipoteca de los derechos reales de superficie, pastos, leñas y otros semejantes, la de que siempre queden á salvo los derechos de los partícipes en la propiedad, doctrina conforme á los principios generales del derecho, y que, áun sin sancion expresa, sin duda prevalecería en la práctica: en la hipoteca de los ferro-carriles, canales, puentes y demas obras destinadas al servicio público, cuya explotacion haya concedido el Gobierno por diez ó más años, la restriccion de que dependa la hipoteca de la resolucion del derecho del concesionario, porque nadie puede traspasar á otro más derechos que los que él mismo tiene.

El derecho de hipoteca, como los demas derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado. Aunque sin una declaracion expresa del Proyecto esto se sobreentendería, la Comision ha creído que debía consignarlo para evitar dudas y para fijar tambien la extension de los derechos del acreedor hipotecario. La regla en que acaba de fundarse la Comision, de que nadie pueda conceder á otro más derechos en la cosa que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada: así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera á hacer más grave su situacion, y que la hipoteca constituída sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituída directa é inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble. Por esto propone la Comision que las subhipotecas pendan de la resolucion de la hipoteca sobre que se hayan constituído. No sucede lo mismo si el que paga es el segundo deudor, ó lo que es igual, el subhipotecario, porque entónces, quedando extinguida la última hipoteca, subsiste la primera que tenía existencia por sí misma.

Mas la autorizacion para subhipotecar, que no presenta ningun inconveniente respecto á las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las lega-

JURISPRUDENCIA

Por la venta no se trasmiten al comprador

más derechos que los que tiene el vendedor, trasfiriendo al propio tiempo los gravámenes (Sent. 24 Febrero 1855).

No se constituye hipoteca, con arreglo á las leyes, por el mero hecho de consignar la canti-

---

les. En éstas se trata de la proteccion de personas jurídicas ó desvalidas, ó de intereses á que el derecho dispensa una proteccion más directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por regla general no tienen capacidad para contraer, pudieran subhipotecar, equivaldría á destruir la hipoteca legal á favor de ellos constituída. El legislador no podría hacer esto sin destruir su propia obra, sin ponerse en contradiccion con los antiguos principios en el acto mismo de proclamarlos de nuevo.

Aunque no cabe, al parecer, duda de que la prohibicion de hipotecar, impuesta á los que no tienen la libre disposicion de sus bienes, está limitada á los casos en que no se observen las formalidades que la ley establece para que se verifique su enajenacion, la Comision ha creído que debía repetirlo, tanto para evitar que naciera la interpretacion equivocada de que no debía en este punto seguir la hipoteca las reglas de la enajenacion, como para no dar por su silencio lugar á que se suscitaran dudas peligrosas y funestamente perjudiciales á los que no tienen la libre disposicion de sus bienes, acerca de si será lícito constituir hipotecas sobre las fincas que tal vez sin este recurso tendrían que ser necesariamente enajenadas.

Bienes que no pueden hipotecarse.—Al exponer lo que se comprende por bienes inmuebles para los efectos del Proyecto, queda ya consignado que ni los oficios públicos ni los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ni las obligaciones y acciones de Bancos, empresas y compañías de cualquier clase, se consideran como bienes raíces, á lo que es consiguiente que tampoco puedan constituír una hipoteca. Pero hay algunos casos en que bienes que tienen el carácter de inmuebles no deben ser objeto de hipoteca por razones especiales de que no puede desentenderse la ley.

A esta clase pertenecen en primer lugar los frutos y rentas pendientes, que sólo pueden ser hipotecados en union del predio que los produce. Los árboles en pié, los frutos miéntras no están separados del suelo que los produce, son por su naturaleza bienes inmuebles, y siguen la condicion de la tierra en que se hallan. Como adheridos á la finca y como parte de ella, pueden sin duda ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que arraigan, porque separados de él, son ya bienes muebles, y como tales, incapaces de hipoteca.

Lo mismo debe decirse de los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria. En tanto pueden ser hipotecados, en cuanto lo sean los edificios de que forman parte. A la razon de que, considerados aisladamente, no son bienes raíces, sinó muebles, se agrega otra importantísima: la de que no son enajenables con arreglo á las leyes de Partida, que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios, é impedir actos que á veces más podrían considerarse como de un vandalismo grosero, que como verificados bajo la proteccion tutelar de las leyes. Ver, en efecto, que para pagar á un acreedor no se pone en venta la casa, sinó que se empieza por quitar las tejas que la cubren ó las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales á la venta, sería repugnante é indigno de un pueblo civilizado.

Razones de otra clase aconsejan que no pueda ser objeto de hipoteca el derecho real en cosas que aunque se deban poseer, no están aún inscritas á favor del que tenga derecho á poseerlas. El heredero por la muerte del testador entra á ocupar su lugar, es la continuacion jurídica de su persona; pero aunque por una ficcion de la ley se entiende traspasado á él el dominio de los bienes hereditarios, esta trasmision depende del hecho de la aceptacion, de que las cosas no se hayan legado determinadamente á alguno, y de la inscripcion segun los principios del Proyecto, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar á un tercero. La retroaccion de la aceptacion al tiempo en que se verificó la muerte de la persona de cuya sucesion se trata, lo mismo que la consideracion de que la hora en que el testador ordenó su última voluntad y la de la muerte son una misma, aunque ficciones legales que traen importantes y útiles consecuencias en el derecho, no pueden exagerarse llevándolas á diferente propósito que aquel para que han sido introducidas.

Hay mas: necesario era que la ley de Hipotecas se pusiera en relacion con la civil, que repugna especialmente, respecto á sucesiones, la enajenacion de la esperanza de los que tienen la presuncion de suceder á persona determinada; medida justa y profundamente moral, cuyo fundamento explica el legislador de las Partidas en estos términos: *porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes por cobdicia de los aver*. Lo que se dice de los derechos hereditarios es aplicable, aunque no con tanto motivo, á todos los demas títulos de adquirir los derechos reales.

Más perceptible es á primera vista la razon que la Comision ha tenido para proponer que las servidumbres reales no puedan hipotecarse, á no ser juntamente con el predio dominante. Lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con estas servidumbres, tampoco puede ser objeto de hipoteca: una y otra prohibicion se fundan en el principio de que en tanto hay servidumbre real, en cuanto hay predio en cuya utilidad esté constituída. El Derecho Romano así lo estableció expresamente respecto á las servidumbres de los predios urbanos; y aunque admitió la posibilidad de hipotecar las servidumbres de predios rústicos, dando fuerza al pacto en que se constituían en favor de un acreedor, miéntras no fuese pagado, esta servidumbre sólo podía constituirse en favor del que tenía un predio inmediato, y si al cumplir el plazo el deudor no pagaba, la enajenacion podía hacerse únicamente á favor de quien tuviera tambien un predio vecino. De aquí se infiere que áun dentro de este sistema, la servidumbre nunca podía hipotecarse aisladamente, porque tampoco aisladamente podía constituírse, sinó con relacion siempre á un predio dominante, viniendo á ser un derecho que duraba temporalmente y dependía de la condicion resolutoria puesta á su concesion. No puede estar comprendida en esta regla general la servidumbre de aguas. En esto se ha limitado la Comision á poner en armonía el Proyecto con las prescripciones de las Partidas, que despues de establecer el principio de que la servidumbre real es inalienable sin el predio domi-

dad ofrecida sobre una finca rústica (Sent. 22 Setiembre 1856).

Cuando se constituye hipoteca para seguridad de un préstamo, la enajenacion no es absoluta ni perpetua, sinó temporal, dependiente del

---

nante, desentendiéndose de la cuestion antigua entre los Sabinianos y Proculeyanos, de la decision dada por el emperador Justiniano, y de las dudas que podia ocasionar su inteligencia verdadera, establecieron de un modo terminante, como excepcion, que la servidumbre de agua que naciese de una heredad y regase otra, pudiera, despues de llegar al predio sirviente, cederse para regar campo ó viñas cercanos. Esto no es constituír una servidumbre sobre otra servidumbre, sinó ceder el dueño del predio dominante úna parte del agua que ya es suya desde el momento en que llegó á su destino.

USUFRUCTO CONSTITUÍDO POR LA LEY.—Al referir las cosas que pueden hipotecarse, aunque con restricciones, se comprende el derecho de percibir los frutos en el usufructo. Esta regla, aunque tiene cierto carácter de general, no debe ser extensiva á los usufructos constituídos por el legislador. En este caso se halla el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto. No debe permitirse á los así favorecidos, que recibiendo anticipaciones sobre lo que se les da sólo en concepto de jefes de familia para la manutencion de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligacion, ni que consuma la viuda prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y á la buena memoria de la persona á que estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condicion de éstos á la de los alimentistas que ló son por condiciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho, ni es enajenable, ni admite compensacion, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse á embargo; prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intencion del legislador al crear el derecho é imponer la obligacion de dar alimentos. Es verdad que esto no se halla ordenado de un modo expreso por nuestras leyes actuales; pero lo está en su espíritu, interpretado fielmente por la práctica. En este espíritu de nuestro Derecho se funda la ley de Enjuiciamiento civil al ordenar que cuando haya que hacer ejecutivamente pago á acreedores, no se embarguen los sueldos ó pensiones sinó en la parte que supone que no es absolutamente indispensable para cubrir los alimentos.

USO Y HABITACION.—No es aplicable al uso lo expuesto respecto al usufructo. Con sólo considerar que el derecho del usuario está tan limitado por las leyes de Partida, que no le es lícito arrendar, y lo que es más, ni conceder el uso gratuíto de la cosa, y, por lo tanto, mucho ménos enajenar el derecho que le corresponde, claro es que no puede tener la facultad de hipotecar ni la cosa ni su uso. Lo mismo debe decirse de la habitacion, en que, si bien está autorizado el que la tiene constituída á su favor para arrendar la morada en que consiste, nunca puede enajenar su derecho, y, por lo tanto, tampoco hipotecarlo.

OTRAS PROHIBICIONES.—Otras clases de prohibiciones hay en el Proyecto, que fácilmente se comprenden: la de los bienes vendidos con pacto de retroventa, miéntras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, porque hasta entónces, aunque el comprador tiene el dominio de lo vendido, este dominio es revocable: la de las minas, miéntras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, porque hasta entónces no hay dominio; y esto, áun en el caso de que estén situadas en terreno propio, pues que el que es dueño de la superficie no lo es del subsuelo, á no ser que haya obtenido del Estado su propiedad por consecuencia de haberla adquirido con arreglo á las prescripciones de la ley de minería: las cosas litigiosas, porque miéntras está en tela de juicio el dominio de una finca, no puede considerarse á ninguno de los contendientes con derecho ni para enajenarla ni para hipotecarla. Respecto á los bienes que por contrato ó última voluntad están sujetos á condiciones resolutorias, es aplicable en parte lo que queda expuesto acerca de los vendidos con cláusula de retroventa, y en parte lo establecido sobre el usufructo, porque reunen las dos condiciones de ser revocable el dominio y de corresponder entre tanto todo el producto de los bienes al que los posee, miéntras no sea una realidad el suceso incierto á que la condicion se refiere.

No es esta condicion igual al pacto de retroventa, porque en éste se fija un tiempo dentro del cual se ha de usar del derecho de retraer, tiempo que ha de llegar, lo que no sucede en el caso de la condicion, la cual hace incierta la resolucion del dominio. Sin embargo, no es inflexible el Proyecto en este punto; como que la prohibicion de hipotecar está introducida sólo á favor de aquel á quien en su caso puede aprovechar la condicion resolutoria, y á cada uno es lícito renunciar al derecho á su favor constituido, se permite la hipoteca con el expreso consentimiento de éste, cuando tiene capacidad civil para obligarse. Lo mismo se establece cuando el cumplimiento de la obligacion depende exclusivamente de la voluntad del que posee los bienes que se hipotecan, porque entónces hay la presuncion de que no llegará el caso de cumplirse la condicion resolutoria. Mas si, subsistiendo la hipoteca, el deudor hiciere ó dejare de hacer aquello de que depende la existencia de su derecho, la obligacion perderá el carácter de hipotecaria, quedará reducida á la clase de comun, y se extinguirá el derecho *en* la cosa, si bien, ademas de la responsabilidad civil que pese sobre el deudor, habrá lugar á una accion criminal si ha obrado con fraude y perpetrado alguno de los hechos que caen bajo las prescripciones del Código penal. Ni podrá quejarse en este caso el acreedor, que no ignoraba que al prestar con semejante garantía tenía que confiar, más bien que en la seguridad que le inspiraba la hipoteca, en el conocimiento de las circunstancias, probidad y buena fe de aquel á quien prestaba, y en la garantía personal que le ofrecía.

EXTENSION DE LA HIPOTECA.—Las leyes de Partida, siguiendo á las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sinó que fuera tambien extensivo á las accesorias naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligacion. Sirviéles de fundamento que todas estas agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien por su adherencia á las que lo eran. Lo que hicieron las leyes de Partida ha sido admitido sin distincion en todas las legislaciones modernas; no podía, por lo tanto, desentenderse de ello la Comision, que ha creído necesario descender á fijar expresamente los casos de aplicacion del principio, para evitar en la práctica las dudas y dificul-

reintegro de la suma prestada (Sent. 11 Diciembre 1857).

Cuando el adquirente de una cosa hipotecada reconoce el gravámen, no goza del beneficio de excusion que otorga al tercer poseedor la ley 14, tít. XIII, Partida 5.ª (Sent. 9 Marzo 1859).

---

tades á que es tan ocasionada esta materia, y que la diversa interpretacion de la ley destruya de hecho su armonía. Ha imitado en esto á los redactores del proyecto del Código civil, si bien dando mayor extension á sus aplicaciones, pero huyendo siempre de un casuismo peligroso. Esta extension de la hipoteca encuentra tambien apoyo en la presuncion de que tal fué la voluntad del dueño de la cosa al constituír sobre ella un derecho real.

No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase á manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en él de la misma manera; por esto la Comision, siguiendo en parte lo establecido por las leyes, y en parte ampliando el texto legal hasta donde alcanza su espíritu, consultando la equidad y procurando acercar esta parte del derecho á los principios que dominan en él, por regla general, propone que los frutos pendientes y rentas vencidas no se entiendan en este caso sujetos á la hipoteca, y que lo mismo suceda respecto á los muebles colocados permanentemente en los edificios, y á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad y trasformacion, siempre que unos ú otros se hayan costeado por el mismo dueño. Pero en la aplicacion de esta regla, necesario es evitar que se demuelan, con perjuício de la finca, las obras en ella practicadas: por esto sólo se permite la retencion de los objetos en que consista la mejora, en el caso de que pueda verificarse sin menoscabo de la propiedad á que están adheridos, teniendo opcion el poseedor, ó bien á esta retencion, ó bien á exigir el importe del valor de los objetos. Cuando las mejoras no puedan separarse sin menoscabo de la finca, sólo habrá lugar á este último remedio: mas en ningun caso podrá detenerse el cumplimiento de la obligacion hipotecaria, porque sería un perjuício injusto al acreedor: al nuevo adquirente sólo le quedará el derecho de cobrar lo que le corresponda con el precio de la finca cuando se enajene para pagar el crédito. De creer es que todos estarán conformes con lo que se propone, porque su justicia y equidad aparecen evidentemente.

El Proyecto extiende la hipoteca á otras acciones que, si bien hasta ahora no habían sido comprendidas en el texto literal de la ley, no puede desconocerse que lo estaban en su espíritu.

A esta clase pertenecen las indemnizaciones concedidas al propietario: de ellas puede decirse que reemplazan á la cosa hipotecada. Así, la indemnizacion que se da al dueño del terreno que ha sido expropiado por causa de utilidad pública, sirve de garantía al crédito que ántes estaba asegurado con hipoteca sobre la finca de este modo enajenada. Es claro que sólo en los pocos casos en que por convenio entre la administracion y el antiguo propietario se permuta por vía de indemnizacion de una finca con otra, habrá lugar á la constitucion de una nueva hipoteca en sustitucion de la antigua, pues que la hipoteca sólo puede tener lugar sobre cosas inmuebles; pero en los demas casos otro derecho real, el de prenda, podrá decirse que debe sustituír al hipotecario que quedó extinguido. Lo más frecuente será que al hacerse la expropiacion perciba el acreedor lo que se le debe, quedando de este modo más completamente consultados los derechos de todos.

En un caso semejante se halla la indemnizacion concedida ó debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados ó de sus frutos cuando el siniestro haya tenido lugar despues de constituída la hipoteca. Esta misma regla se halla escrita, aunque no con tanta precision, en el proyecto del Código civil, y guarda armonía con lo que acerca del particular se observa en Alemania. No va en esto el Proyecto tan allá como la legislacion de Baviera, seguida por los Códigos de otros países, que dan al acreedor hipotecario el derecho de obligar al deudor á que asegure los bienes hipotecados. Nada significa que en nuestras antiguas leyes no se prescribiera lo que aquí propone la Comision: el contrato de seguro no tenía en otros tiempos la importancia, facilidad y extension que tiene en nuestros días.

¿Y debe ser extensiva la hipoteca á garantir los intereses del capital asegurado por ella? Nada dice de esto nuestro derecho antiguo, ni era de presumir que lo dijera, cuando tan severamente reprobaba la usura, entendiendo que lo era todo aquello que el deudor tenía que dar al acreedor en cuanto excediera de la misma suma prestada, y considerando sólo lícito el interes cuando lo admitían en el fuero de la conciencia los moralistas más rígidos. Pero desde que el derecho escrito empezó á mitigar el rigor antiguo; desde que, prevaleciendo otros principios económico-políticos, quedó para siempre destruido el error de que el dinero no era productivo; desde que el legislador se convenció de que las graves penas para extinguir el interes del dinero se convertían contra las personas para cuya proteccion se habían dictado, pues que tenían que pagar un interes más alto por los capitales que recibían (medio de compensar en cierto modo los peligros que corría el prestamista), no podían dejar de considerarse afectas las fincas hipotecadas al pago de los intereses, como lo estaban al del capital. Así lo viene entendiendo la práctica; así está aceptado por regla general en los demas pueblos de Europa; así creyeron que debían proponerlo los redactores del proyecto de Código civil. Pero no debe servir esto de motivo para que el tercer adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omision é incuria del acreedor, ó tal vez por mala fe de éste, combinada con la del deudor. De aquí proviene que, á imitacion de muchos Códigos, proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presuncion *juris et de jure* de que el acreedor renuncia á ella en la parte relativa á los demas intereses, en el hecho de no reclamarlos ó de no haber exigido una ampliacion de inscripcion sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar lo devengado ántes.

Dos medios podían adoptarse al efecto: el más general, que la limita á número determinado de anualidades, y el que fija un *máximun*, como el 10 ó el 20 por 100 proporcional al capital garantido. A favor del primer medio está la mejor combinacion del interes con el tiempo: á favor del segundo, en sentir de los que lo prefieren, la mayor igualdad y la mayor fijeza de la regla.

La hipoteca pesa siempre sobre los bienes afectos á ella cualquiera que sea su poseedor (Sent. 17 Setiembre 1860).

La Comision ha creído preferible el primer medio, porque sobre ser igualmente fija la regla y no expuesta á alteraciones, á pesar de su aparente desigualdad, es en rigor más igual, porque la igualdad aquí no debe considerarse en abstracto, sinó con relacion al interes estipulado. Por estas consideraciones, establece el Proyecto, siguiendo al de Código civil, que la hipoteca sólo asegurará con perjuício de tercero los intereses de los dos últimos años que estén en descubierto y la parte vencida de la anualidad corriente. Mas esto sólo es para el caso en que haya un tercero que pueda resultar perjudicado: cuando no sucede esto, conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca á la seguridad de todos los intereses.

Lo que se dice de la extension de la hipoteca á los intereses vencidos, es aplicable por identidad de razon á las pensiones atrasadas de los censos. Nada hay que justifique establecer aquí la menor distincion, porque unos y otros son réditos de un capital anticipado y gravitan del mismo modo sobre las fincas, no habiendo entre ellas otra preferencia que la de su antigüedad respectiva.

Puede suceder que el predio dado en enfitéusis caiga en comiso, porque cualesquiera que sean la justicia y la conveniencia de este precepto, es un hecho que hoy está escrito en la ley, que no puede ser incidentalmente discutida ni reformada en el proyecto que se presenta. Arreglándose la comision al derecho constituído y en armonía con él, propone que cuando por haber caído el predio en comiso pase el dominio útil al dueño del directo, se entienda que es con las hipotecas ó gravámenes que hubiere impuesto el enfitéuta en cuanto no sean perjudicados los derechos del mismo dueño directo. Esta declaracion que, atendidas la equidad y el derecho, debería sobreentenderse, no es ociosa para quitar cuestiones fundadas en que la constitucion de la enfitéusis lleva implícita la pena del comiso, y que debiendo retrotraerse á ella la caducidad del derecho del enfitéuta, procede que se tengan como anuladas todas las hipotecas y cargas reales impuestas por el dueño útil.

Más importante, bajo el aspecto de la conveniencia, es otra regla adoptada por la Comision, si bien no de las capitales de la ley, que reforma nuestro antiguo derecho. Segun éste, cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito territorial, mucho más de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aún ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos: resulta tambien que así vienen á ser protegidas indirectamente por la ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican, sin utilidad suya y con perjuício del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas. A estos inconvenientes ha ocurrido el Proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un sólo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad ó parte de gravámen de que cada una tiene que responder. De este modo la carga real no

El derecho hipotecario se regula por la antigüedad de su constitucion (Sent. 24 Setiembre 1861).

se extiende á todo el valor de la finca, sinó solamente á una cifra que puede ser muy inferior á su valor verdadero, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos, y áun sobre el mismo por la parte á que no estén afectos los bienes inmuebles ó los intereses vencidos de las dos anualidades anteriores y la parte vencida tambien de la anualidad corriente.

Por consecuencia de esto, enajenada la finca á un tercero, ó constituída sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente ó hipotecario no deberá ser inquietado por la obligacion personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre expedita la accion real para reclamar contra los demas bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas; y respecto á la suma á que no alcancen, como su accion es puramente personal, no podrá ni perjudicar á las enajenaciones, ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca.

El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fué entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa. La Comision que redactó el proyecto de Código civil, creyó que la nueva proclamacion de esta máxima jurídica debía ser la primera frase que pusiera en el capítulo que trata de los efectos de las hipotecas: la que hoy se dirige á V. E., sin enunciarlo expresamente, dejando á la ciencia el cuidado de explicarlo, se ha limitado á aplicar rigurosamente sus consecuencias. Existiendo, por lo tanto, la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá íntegra miéntras no se cancele, aunque se reduzca la obligacion garantida y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede, en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es tambien que cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca tambien íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, á no ser que el deudor y el acreedor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribucion, la antigua hipoteca queda extinguida, y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes, cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre; y por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no está distribuída entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte á que quede afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libre ninguno de los bienes hipotecados, ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, miéntras no esté satisfecha toda la deuda.

Mas sucederá á veces, cuando se haya distribuído un crédito hipotecario entre diferentes fincas, que la parte del crédito satisfecho pueda aplicarse á la liberacion de una ú otra de las gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una: en este caso la Comision no ha

Si para seguridad del desempeño de un destino en el ramo de Hacienda se constituye una hipoteca especial sobre una cosa, la obligacion general de bienes que expresa la escritura de constitucion de dicha hipoteca no impide la enajenacion de los que no se hallen especial-

dudado que la eleccion debe corresponder al deudor, ya porque es regla general que su condicion es la favorecida por el derecho, ya porque á él corresponde decir, al hacer el pago, á qué finca quiere libertar de la carga hipotecaria.

Puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar, constituya una hipoteca, y que despues adquiera el derecho de que ántes carecía. ¿Convalecerá en este caso la hipoteca? La Comision ha resuelto esta cuestion en sentido negativo; ni podia hacerlo de otro modo, á no ser inconsecuente. La convalidacion lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado: por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieron un derecho real adquirido con posterioridad á la constitucion de la hipoteca, pero ántes de su revalidacion sobre la misma finca, y así el dolo ó la incuria de unos vendría á convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia. Otra razon poderosa ha movido tambien á la Comision: es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa ó indirectamente propenda á disminuir el crédito territorial, y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar é hipotecar, concedida á los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocido, como se propone el legislador por medio de los registros que á la propiedad inmueble se refieren.

La hipoteca, ademas de ser un derecho real, es la garantía de una obligacion, y por lo tanto un contrato accesorio y subsidiario de otro principal. De esto parece deducirse que cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sinó en las de un tercer poseedor, tenga que acudirse al deudor principal para que pague, ántes de molestar al que por un título legítimo de adquisicion es el dueño de la finca hipotecada. Pero si esta regla no tuviera un límite breve y perentorio, no se conseguiría todo el efecto que se propuso el prestamista al buscar su seguridad, más en la garantía que en la persona á quien prestaba. Por esto el Proyecto señala el término de los diez días siguientes al vencimiento del plazo, para que, requerido el deudor principal, satisfaga la deuda, sin que en este tiempo pueda ser molestado el tercer adquirente; mas, pasados estos dias, ya está el acreedor en la plenitud de su derecho, dirigiéndose contra el poseedor, no sólo por el capital, sinó por los intereses á que, segun lo ántes expuesto, es extensiva la hipoteca en perjuício de tercero; y si el poseedor no le paga en el término de otros diez días, contados desde el requerimiento, ó no desampara los bienes hipotecados, entónces puede ya entablar directamente la accion ejecutiva contra los mismos bienes. De aquí se infiere que la Comision no ha admitido los beneficios de órden y excusion en las deudas garantidas con hipoteca, porque, cualesquiera que sean su importancia y su justicia respecto á los fiadores, cuestion ajena del todo á este Proyecto, no puede satisfacer al que, por medio de la constitucion de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito. Envolverlo en procedimientos que den por resultado la insolvencia del deudor, obligarlo á que se hagan ántes excusion y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real, y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligacion garantida.

No desconoce la Comision que entre nosotros, á imitacion del Derecho Romano, y equiparando la hipoteca á la fianza, por la analogía que hay entre ellas de ser igualmente obligaciones accesorias, se ha concedido el beneficio de excusion al tercer poseedor de los bienes hipotecados; pero prescindiendo de la vaguedad de la jurisprudencia acerca de este punto, de la facultad de señalar cuál es la extendida más generalmente por falta de datos que puedan servir de reguladores, y por la incertidumbre que reina por regla general en todo nuestro sistema hipotecario, la Comision debía mirar por los intereses que principalmente debe proteger la reforma que se le ha encomendado. En lo que propone ha seguido el ejemplo de varios Códigos, y con especialidad de los que adoptan el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del Proyecto de Código civil.

Tampoco desconoce la Comision que la facultad de desamparar los bienes que deja propuesta, puede ser objeto de impugnacion. Se dirá tal vez que abre la puerta al tercer adquirente para que se arrepienta de la adquisicion cuando no la hizo con buenas condiciones, ó pagó por la finca un precio superior al que en realidad tenía. Pero no basta esto para hacer tan mala su condicion, porque así como sufre en toda extension el rigor de la ley cuando el deudor no paga, justo es compensar esta desventaja con la facultad de desamparar la cosa hipotecada, y mucho más cuando ningun perjuício verdadero se sigue á los acreedores por el desamparo, porque el precio del remate de la finca es la mejor expresion de su valor verdadero, que es á todo lo que pueden aspirar y todo lo que esperaron los acreedores. El perjuício que puede resultar al deudor que vendió la finca á más alto precio de la cantidad garantida, queda compensado con el término que se le concede para pagar, durante el cual puede procurarse su remedio, si es que con regulares condiciones hizo la enajenacion.

Puede tambien suceder que la finca hipotecada se enajene para pagar con su importe un plazo vencido, estando los demas pendientes todavía. Aunque al parecer no admite duda que la enajenacion debe hacerse quedando subsistente la hipoteca por la cantidad que reste por satisfacer, ha parecido conveniente consignarlo. Lo mismo ha creído la Comision que debía hacer respecto á otros casos que se prestaban á pocas dudas, pero que era mejor fijarlos en la ley que fiarlos á la interpretacion. Por esto declara que se considerará como tercer poseedor, para los efectos de que acaba de hacerse mencion, al que sólo hubiere adquirido el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo, é igualmente que cuando haya más de un tercer poseedor, se entienda con todos los que lo sean el requerimiento, y que corra simultáneamente para todos el término de los diez días para pagar la deuda ó desamparar la finca.

Las leyes de Partida señalaron cuarenta años de duracion á la accion hipotecaria, cuando se intentaba contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando se dirigía contra los extraños. Las de Toro

mente afectos á la misma. Para que dicha obligacion pudiera ser efectiva contra un tercero, era necesario que apareciese haber habido fraude en la enajenacion, y que el comprador era sabedor de él. Las leyes 6.ª y 7.ª, tit XIX, libro III del Fuero Real, y las 1.ª, 5.ª, 23 y 26,

---

ordenaron que cuando en la obligacion hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años, y no ménos. Segun la inteligencia que más generalmente se da á la ley de Toro, la accion hipotecaria dura treinta años, considerando como reformado en este punto el derecho antiguo. Sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta que éste ha sido objeto de serias y largas cuestiones entre los jurisconsultos, y especialmente los de los siglos XVI y XVII, que han sido reproducidas por el más notable de los comentadores de las leyes de Toro en nuestros mismos días. Se ha dicho contra la prescripcion de treinta años que la ley sólo se refiere á la deuda garantida con hipoteca, y no á la accion hipotecaria, la cual ha quedado dentro de sus antiguas condiciones: se ha sostenido que la accion hipotecaria puede existir despues de la extincion de la obligacion á que sirve de garantía, y suceder, por lo tanto, que, prescrita la accion personal, aún dure la hipotecaria: se ha considerado, siguiendo el ejemplo del célebre jurisconsulto Cujas, que la accion hipotecaria no es accesoria á la personal, sinó que existe por sí misma, y es de diferente naturaleza y calidad: se ha insistido en que no puede depender una accion real de una personal: se ha disputado acerca de si hay diferencia entre la duracion de la accion hipotecaria cuando se constituye para la seguridad de una deuda, y cuando es para la de una venta, comodato ó permuta; y se ha supuesto, por último, que la accion hipotecaria debe durar treinta años por lo ménos, pero que queda subsistente la que, con arreglo á las Partidas, debía tener mayor duracion. Necesario era poner límite á estas diferentes interpretaciones, y fijar el tiempo que debe durar la accion hipotecaria: la Comision propone el de veinte años, porque siendo éste el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo éstas su fuerza, no debe conservarla la hipotecaria, pues que, extinguido el crédito, no puede ménos de considerarse extinguida su garantía.

Pero no bastaba señalar el término: era necesario fijar el día en que había de correr. No debía esto dar lugar á muchas dudas: regla general es que el tiempo de la prescripcion en las acciones corre desde su nacimiento, esto es, desde que por haber lesion del derecho por que se conceden, pueden ejercitarse: de lo contrario se seguiría que pudiera extinguirse por prescripcion un derecho que aún no tuviera verdadera existencia. Por esto el término para la prescripcion de las acciones personales empieza á correr desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligacion: por esto la Comision propone que el tiempo se cuente en la accion hipotecaria desde que pueda ejercitarse. Hay bienes que siendo hoy hipotecables, y habiéndose constituído hipoteca sobre ellos, no lo serán en el día en que llegue á ser ley este Proyecto. Pueden servir de ejemplo los oficios enajenados de la Corona: no puede ménos de fijarse cuáles serán en lo sucesivo los efectos de estas hipotecas anteriores. La Comision no ha vacilado en lo que debía hacer: salvar todos los derechos constituídos y adquiridos bajo el amparo de las leyes, y no cambiar en nada, ni su extension, ni su eficacia, declarando una vez más que la ley no tiene fuerza retroactiva.

La armonía de la ley exige, por último, que las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujeten á las disposiciones generales establecidas para los demas derechos reales, sin hacer más variaciones que las que su índole especial requiere necesariamente.

DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS.—Toma la Comision el derecho actual como punto de partida para establecer las reglas á que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y ántes no estaban escritas en la ley, ó son una derivacion de ella, ó consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el Proyecto.

Siempre ha tenido el apoderado necesidad de poder especial para sujetar á una carga hipotecaria los bienes de su representado. En la consignacion de esta regla no podía haber la menor duda. Pero en el caso de que la hipoteca se hubiera constituído por el que no estaba suficientemente autorizado, y fuese despues ratificada por el dueño, podría suscitarse la cuestion del tiempo desde que debía empezar á surtir efecto. Basta considerar que la retroaccion de la hipoteca puede perjudicar á un segundo acreedor hipotecario, que cuando prestó lo hizo en la seguridad de que era nula la anterior hipoteca, y de consiguiente que ésta no podía ser preferida á la que válidamente estipulaba, para conocer que no puede dársele efecto retroactivo.

Cuando la hipoteca se ha constituído para la garantía de una obligacion futura ó sujeta á una condicion suspensiva que se halla inscrita en el registro, debe, en concepto de la Comision, afectar á la finca y producir efecto contra un tercero desde su inscripcion si la obligacion ó la condicion llegan á realizarse.

Respecto á la obligacion condicional, no podía haber justo motivo de duda, porque la obligacion existe, aunque nada se deba ni nada pueda pedirse hasta el cumplimiento de la condicion modificadora.

No puede decirse lo mismo respecto á la obligacion futura, porque no ha tenido aún nacimiento: sin embargo, existe otra obligacion preliminar en que se constituye la hipoteca, y que lleva implícita la necesidad ó la suposicion de la existencia de la segunda.

Mas cuando la obligacion asegurada está sujeta á una condicion resolutoria, sólo la hipoteca puede subsistir en toda su fuerza hasta que en el Registro se haga constar el cumplimiento de la condicion, pues que desde entónces la obligacion se desvanece, y sin obligacion que garantir, no puede haber garantía.

Al tratar de la extension de la hipoteca queda dicho que comprende tambien los intereses del capital prestado, con las restricciones que se han creido convenientes para evitar perjuicios á tercero. Pero esta regla no puede ménos de acomodarse á las condiciones de la ley que abolió la tasa del interes del dinero, la cual, si bien no prescribió ninguna restriccion legal á los préstamos usurarios, les puso una moral: la de que había de constar por escrito el pacto en que se estipularan.

No cree la Comision necesario descender á otras disposiciones que, ó son una nueva confirmacion del derecho antiguo, ó una aplicacion de los principios cardinales de la ley, ó una derivacion de ellos. Nadie podrá desconocer los motivos que se han tenido

tít. XV, Partida 5.ª, no están en oposicion con estos principios, cuyo espíritu se declara tambien en la última parte de la excepcion segunda del art. 13 de la ley de Contabilidad de 20 de Febrero de 1850 (Sent. 19 Mayo 1863).

Para que produzca eficacia una escritura ó

---

en cuenta al escribirlas. Hay, sin embargo, algunos puntos respecto á los cuales no serán ociosas ligeras indicaciones.

Los censos, como todos los demas derechos *en* la cosa, pueden ser hipotecados por el censualista. Esto, sin embargo, en nada puede disminuir la facultad que tiene el censatario para hacer la redencion, porque no puede ser privado de su derecho por un acto á que es ajeno y en el que no ha contraido obligacion alguna. Pero sería injusto que en tal caso fuera desatendido el derecho del acreedor hipotecario, y que la buena fe de éste quedara burlada por el hecho de pagar el censatario al censualista el capital del censo, destruyendo así el derecho hipotecario. Por esto la Comision propone que el acreedor tenga entónces derecho, ó bien á que se le pague por completo su crédito, con los intereses, ó bien á que se le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. Así se salva el derecho del acreedor hipotecario, sin perjuicio del censatario antiguo, á quien debe ser indiferente pagar á uno ú á otro, y sin daño del censualista, que está siempre obligado, tanto por la accion hipotecaria como por la personal, á pagar en toda su extension la deuda contraida.»

Suprimimos lo demas que se dice en la *Exposicion* acerca de los censos. Despues de ocuparse de ellos, continúa diciendo:

«Más dificultad que las materias hasta aquí examinadas, en lo que á las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestion de cómo deben enajenarse ó cederse los créditos hipotecarios. No podía la Comision, al entrar en este punto, desentenderse de una opinion moderna, sostenida con energía y conviccion en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores, y que ha llegado á ser ley en alguna nacion extranjera: la de la trasmision de los créditos hipotecados por endoso. Sus partidarios, fundándose en la grande facilidad que presenta este modo de trasmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios, y en que el endoso hace que la obligacion sea un valor en circulacion, que participa á la vez de las ventajas del crédito territorial y de las del crédito personal, creen que es una mejora palpable que da grande ensanche á la propiedad, que introduce en ella la vida y animacion mercantil, y que destruyendo trabas y ahorrando gastos inútiles, proporciona al acreedor hipotecario medios expeditos para obtener su reembolso. Esto, añaden, viene á convertirse en beneficio del dueño de bienes inmuebles, porque cuanta más facilidad encuentren los prestamistas para ser reintegrados en un momento para ellos angustioso, tanto menor será la dificultad que tendrán para prestar sobre el crédito territorial y tanto menores los intereses que lleven por el capital. Agrégase á esto que el objeto de las leyes hipotecarias no es sólo dar mayor seguridad á las hipotecas, sinó tambien aumentar la extension del crédito territorial y comunicarle una facilidad en la circulacion parecida á la activa del crédito mercantil, facilidad de que hasta ahora ha carecido, y que debe ser su principal elemento de vida.

No participa de estas ideas la Comision; cree, por el contrario, que está erizada de dificultades la asimilacion de un contrato hipotecario al contrato de cambio. Nada hace el legislador con dar á una obligacion civil el carácter y los efectos de una obligacion mercantil, cuando la naturaleza de ellas es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone á la voluntad del legislador, que sólo producirá complicaciones sin conseguir su objeto. La ley civil, como la mercantil, tiene sus condiciones indeclinables, de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros; y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas, no son caprichosas, sinó que se fundan en razones incontestables, el legislador no alcanza á borrarlas; por esto tienen, hasta cierto punto, una vida independiente. Si se quiere confundirlas, si se quiere llevar á las transacciones civiles los principios y formas de las comerciales, se desnaturaliza el derecho, porque se hace general lo que sólo como excepcion tiene su razon de existir.

Los créditos hipotecarios, como representacion del territorial, no admiten por su naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés á la órden. Para convencerse de ello, basta observar que en las obligaciones civiles la solidaridad no se presume; por el contrario, en las comerciales la solidaridad es la regla general; prueba de que una y otra legislacion parten de principios diferentes. Y esta diferencia se funda en la diversa índole de unos y otros negocios; las obligaciones mercantiles son de poca duracion, rápidas en sus formas, rigurosas en su cumplimiento, y de prescripcion corta: en ellas la solidaridad es fácil y natural, porque el que firma una letra de cambio, el que la acepta y los que la endosan, todos se hallan en iguales condiciones, todos se obligan por la confianza que les inspira el crédito de los que ántes firmaron; y como los créditos son para tiempo limitado, pueden obligarse sin temeridad, y áun con escaso peligro, porque les es fácil calcular, si no con seguridad, con gran probabilidad al ménos, la garantía que al vencimiento del crédito ofrecerán los nombres de los que aparecen ya obligados.

No puede decirse otro tanto respecto al crédito hipotecario: los que toman préstamos sobre su propiedad no suelen hacerlo para empresas mercantiles ó industriales, sinó, ó para salir de una situacion apremiante, ó para mejorar la misma propiedad con capitales que sólo lentamente y en una larga serie de años, y con grandes esfuerzos, produce la finca mejorada, la cual entre tanto tiene que sostener los gastos de la conservacion ó del cultivo y el pago de los intereses del capital anticipado. De aquí es que los propietarios, al tomar el dinero á préstamo hipotecario para mejorar sus fincas, lo hacen á los plazos más largos posibles: de aquí que la razon aconseje la amortizacion lenta y sucesiva de los capitales tomados á préstamo para empresas agrícolas de alguna importancia, y que éste sea el sistema seguido en los países en que más se ha extendido y favorecido el crédito territorial. Por esto la trasmision por medio de endoso, si ha de conservar su condicion general de obligar á todos los endosantes, no se acomoda bien á los contratos hipotecarios; porque no es de presumir que personas que por su prudencia y prevision en los negocios hayan adquirido un crédito sólido, quieran ser endosatarios, constituyéndose obligados solidariamente y á muy largo término, atendidas las vicisi-

instrumento público en que se haya impuesto un gravámen á una finca, es necesario que se haya tomado razon de ella en el registro de hipotecas; pero si dicho gravámen se establece en un contrato puramente privado, y por tanto no registrado, aunque se reconozca el gravámen y

---

tudes á que está sujeto el crédito por los cambios sucesivos del valor de la propiedad, las dificultades que para el cobro oponen las sucesiones ó divisiones de bienes, y otras causas que más fácilmente se comprenden que se enumeran, pues que podrían encontrarse en el caso de pagar el capital prestado y los intereses en el momento en que más desapercibidos se encontraran y más ajenos á satisfacer una obligacion que hacía muchos años hubiera pasado, y tal vez sólo momentáneamente, por sus manos.

Mas si se dijera que podría hacerse el endoso sin responsabilidad del endosante, entónces quedarían anuladas en su principal parte las ventajas que el sistema del endoso produce, en sentir de sus defensores, á saber: que el crédito personal de los endosantes venga á fortalecer el crédito real. Hay más: puede decirse, sin inconveniente, que, léjos de fortificarlo, lo minoraría; cuanto más circula una letra de cambio, más confianza inspira, porque cada firma de un endosante es nueva garantía para los que despues la reciban; pero si al endoso de los créditos hipotecarios se quita la responsabilidad de los endosantes, cada firma vendrá á ser una prueba de que la persona que poseia el crédito y que se ha deshecho de él, ha preferido á los intereses que producía otra especulacion, ó más segura, ó más lucrativa, y quitada así la responsabilidad de los endosantes, ya desaparece esa facilidad de la trasmision por endoso, porque nadie que tome el crédito dejará de hacer ántes serias y detenidas investigaciones respecto al valor y circunstancias de la hipoteca. Queda así, por única ventaja, el menor coste de la trasmision; ventaja bien mezquina al lado los inconvenientes que lleva consigo el sistema de endoso. No es el menor lo que se presta á falsificaciones de descubrimiento difícil, y á veces hasta imposible. No sirve decir que este temor no es probable, como se demuestra con las letras de cambio y pagarés á la órden: basta tener en cuenta que estas obligaciones son de corta vida, que pasan por muchs manos, que intervienen en las transacciones á que dan orígen personas que frecuentemente se conocen y se ocupan en negocios mercantiles, y que tienen activas relaciones, para que se conozca que la facilidad de descubrirse el fraude es grande é inmediata, y que esto mismo retrae á los falsificadores; pero no es de creer que esto suceda en los créditos hipotecarios, cuya duracion es infinitamente mayor, cuya circulacion será lenta, y que tal vez pasarán muchos años, no sólo sin descubrirse, pero áun sin sospecharse la falsificacion.

No desconoce la Comision que es conveniente y áun necesario buscar el modo de dar á los capitales prestados sobre bienes inmuebles una actividad en la circulacion de que hoy carecen. Pero esto no se consigue con disposiciones legales de la naturaleza de la que acaba de ser examinada, ni por medios que quepan dentro de la ley de Hipotecas: para ello es necesario que los títulos hipotecarios tengan un valor conocido y notorio, que pueda éste ser apreciado á primera vista y sin necesidad de investigaciones; que todos comprendan que la garantía es eficaz y legítima, y que los adquirentes no serán defraudados en las negociaciones que respecto á ellos hagan; en una palabra, que entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial, haya instituciones intermediarias que, emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos en cambio de las garantías hipotecarias que, prévio el debido exámen, reciban, trasformen en inscripciones territoriales, negociables como los efectos al portador, los títulos hipotecarios que ellas se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo. Esta indicacion basta al propósito de la Comision.

Desechado el sistema del endoso, la Comision sólo tenía que aplicar para la enajenacion ó cesion de los créditos hipotecarios las mismas reglas que dominan en todo el Proyecto: que la trasferencia del crédito hipotecario se haga por escritura pública, para evitar los fraudes á que puedan dar lugar los documentos privados, poco adecuados siempre para la adquisicion de derechos en las cosas inmuebles; que se dé conocimiento al deudor para que sepa que en lo sucesivo ya no debe satisfacer el capital y los intereses al acreedor antiguo, sinó al cesionario; que se inscriba el contrato en el Registro, porque en él debe constar todo lo que modifica el crédito hipotecario, y las obligaciones que produce; que el cedente descuidado de poner en conocimiento del deudor la enajenacion ó cesion, responda al cesionario de los perjuicios que esta falta le ocasione, lo cual es consecuencia de la regla de que cada uno debe responder de los daños que á otro origine por no hacer lo que la ley le preceptúa.

Mas la facultad de enajenar ó de ceder las hipotecas que, cuando se trata de las voluntarias, no puede ser objeto de impugnaciones, no sería sostenible respecto á las legales. Constituídas éstas frecuentemente en favor de personas que necesitan una proteccion directa y especial por parte del legislador, si fueran trasmisibles por aquellos para cuya garantía se han establecido, quedaría la ley burlada, y desatendidos los intereses y derechos, que no la voluntad de los otorgantes, sinó la ley misma, quiso proteger. Por esto en el Proyecto se dice que sólo podrán cederse los derechos y créditos asegurados con hipoteca legal cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y teniendo capacidad para enajenarlos las personas á cuyo favor están constituídos. Entónces ya ha cesado el peligro; la viuda que cede el crédito hipotecario que tiene contra los herederos de su marido, el mayor que enajena un crédito de la misma clase contra el que fué su curador, están ya fuera de las condiciones de la proteccion especial que las leyes ántes les dispensaron; la hipoteca que enajenan ya no tiene por objeto asegurar sus bienes, sinó realizar el pago del menoscabo que hayan experimentado.

De las hipotecas legales.—Queda ya expuesto, al tratar de las bases capitales de la ley, que la Comision no propone la extincion de las hipotecas legales, sinó la reduccion de su *número*, y que, dando nueva forma á las que deja subsistentes, las convierte en expresas y especiales, quitándoles su actual carácter de tácitas y generales, medio de proteger con más eficacia y extension los derechos para cuya garantía fueron establecidas.

Respecto á algunas hipotecas no se ofrecen graves dificultades. La ley no debe ser más solícita en proteger los derechos individuales, que aquéllos á quienes más inmediata y directamente corresponden. Si éstos renuncian á la garantía que para la

la sentencia lo declare, no infringe las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XVI, lib. X de la Nov. Rec. (Sentencia 29 Mayo 1863).

Nadie puede hipotecar una cosa de que no es verdadero dueño (Sent. 10 Setiembre 1863).

De todo gravámen que se imponga sobre una

---

seguridad de sus derechos pueden exigir, y lo demuestran por el hecho de no reclamarla, semejante descuido no es imputable al legislador, que no debe considerar como incapaces de mirar por sí mismos á todos los que componen el cuerpo social, ni ejercer sobre ellos una tutela perpetua. Este es el fundamento de la supresion de algunas hipotecas legales: el Proyecto se limita aquí á declarar que los particulares son árbitros en pedir y estipular las hipotecas que quieran, pero que la ley no viene por un acto soberano á suplir su silencio ó interpretar su voluntad: estipule cada uno lo que mejor estime respecto á garantías: el legislador respeta y da fuerza coactiva á la expresion de la voluntad de los contrayentes, pero no la suple ni la completa; no supone que quieren garantía cuando no la conciertan; no induce una presuncion *juris et de jure* para dar á su silencio una interpretacion, equívoca muchas veces, y forzada otras. Así desaparecen varias hipotecas legales hoy existentes, y entrando en las condiciones de las leyes generales de los contratos, cuando expresamente se estipulen, darán resuelta en parte la complicacion que acerca de este punto se encuentra en nuestro derecho.

Pero el legislador no debe, no puede desentenderse de que hay personas é intereses que requieren una proteccion más inmediata y una vigilancia más continua. Las mujeres casadas, los menores, los incapacitados, los hijos de familia constituídos en potestad, son los que en primer término necesitan que la ley venga en su auxilio, que los defienda, ya de su propia debilidad é inexperiencia, ya de los peligros que, cuando nada pueden por sí mismos y tienen que sujetar al arbitrio ajeno su conducta, pueden sobrevenirles por parte de aquellos á quienes la ley confía su defensa.

¿Y cuáles serán estos medios de proteccion? No podia subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes: su indeterminacion, su eventualidad y su falta de inscripcion la hacen incompatible con las dos bases que como fundamentales del sistema hipotecario ha adoptado la Comision, la *especialidad* y la *publicidad*, al paso que de hecho dan frecuentemente á la garantía una eficacia ajena á la voluntad del legislador, como todos los dias se demuestra en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan, que si subsistieran, aunque fuera sólo como excepcion para proteger á las personas á que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepcion anularía la regla general, y quedaría completamente destruida la obra proyectada.

Tampoco podía establecerse una ley como la que por algun tiempo rigió en Francia ántes del Código Napoleon, sometiendo á la necesidad de la inscripcion estas hipotecas, pero sin adoptar las medidas necesarias para que la inscripcion se verificara. Esto equivaldría á cortar el nudo de la dificultad, en lugar de desatarlo, dejando abandonados los derechos que la ley quiere garantir, porque ni el menor ni el incapacitado pueden mirar por sí mismos, y por lo tanto, tampoco obtener la inscripcion; y aunque la mujer casada y el hijo de familia tienen frecuentemente toda la capacidad intelectual necesaria para procurar la garantía de sus derechos legítimos, hay intereses de un órden superior, ligados íntimamente con la constitucion de la familia, con la armonía de los que la componen, con los respetos debidos á la potestad marital y paterna, que impelen al legislador á obrar con toda circunspeccion cuando se trata de la facultad de las mujeres y de los hijos para tomar precauciones y exigir seguridades que pueden parecer injuriosas al jefe de la familia. La Comision, que, léjos de querer debilitar los lazos de la familia, ha procurado estrecharlos, no trata de introducir elementos de perturbacion en los sentimientos de cariño, confianza y obediencia de la mujer y del hijo; así, no ha podido establecer la regla aislada de la necesidad de la inscripcion sin acompañarla de medidas que la redujeran á la práctica sin daño de los intereses de la sociedad doméstica. Por estas mismas consideraciones no ha aceptado la regla adoptada en Holanda y en algunos Estados alemanes, que, equiparando la mujer á las personas extrañas, únicamente la conceden la hipoteca cuando está estipulada é inscrita.

Sólo, pues, restaba á la Comision el medio de establecer la hipoteca legal en favor de los menores, de los incapacitados, de las mujeres casadas y de los hijos de familia, adoptando al mismo tiempo las medidas conducentes á que la hipoteca que había de ser especial y pública fuera inscrita, y tomando precauciones para que no quedara eludido el precepto de la ley. Si la Comision ha atinado á dar solucion satisfactoria á problema tan difícil, de seguro que habrá mejorado mucho la condicion de estos hipotecarios legales. La experiencia acredita que si bien la hipoteca general y tácita que hoy tienen les aprovecha cuando sobreviene una desgracia repentina é imprevista que quebranta la fortuna del marido, del padre ó del guardador, apenas les es de utilidad alguna cuando la disminucion de los bienes es lenta y sucesiva, porque entónces paulatinamente se enajenan las fincas, y si se dirigen contra los que las han adquirido, se ven envueltos en multiplicados y difíciles pleitos, en que la fuerza de la opinion pronunciada contra las hipotecas no inscritas los hace á veces sucumbir, quedando, por consiguiente, perjudicados en sus derechos é intereses. Impedir, pues, que esto suceda, sujetar las hipotecas en su favor constituídas á inscripcion, es un beneficio conocido que se hace á las mujeres casadas, á los hijos de familia, á los menores y á los incapacitados.

Al sistema de la Comision se oponen argumentos cuya gravedad no puede desconocerse. Cuando se trata de dar ensanche al crédito territorial, ha dicho alguno de los que impugnan el sistema de la Comision, debe huírse de cuanto le perjudique, y la publicidad dada á las hipotecas de que aquí se trata, es funesta para él. Apóyanse, para decir esto, en que el patrimonio de aquellos á cuyo favor se hallen constituidas las hipotecas legales, viene á figurar en la riqueza general del país por una suma proporcional á lo que dichas personas representan en la cifra general de la poblacion, de lo que infieren que si esta riqueza está inscrita, se aumentará en una grande proporcion el pasivo con que figure recargada la propiedad inmueble, y por una especie de ilusion óptica aparecerá más gravada de lo que realmente

finca es preciso que se tome razon en el registro hipotecario, sin cuyo requisito es aquél ineficaz contra un tercero para el efecto de perseguir la cosa hipotecada, segun lo prescrito en las leyes 1.ª, y 3.ª, tít X, XVI, lib. X de la Nov. Rec., y lo consignado en varias senten-

---

lo esté. Esto, añaden, por más que sea un beneficio exorbitante para los hipotecarios, es fatal para el crédito, á que debe consultarse ante todo en una ley de Hipotecas.

No tienen fuerza estos argumentos: la inscripcion, la sustitucion de la hipoteca especial á la general, de la expresa á la tácita, de la definida ó determinada á la indeterminada y eventual, no hará más que poner de manifiesto la verdad: la falta de inscripcion no quita el mal ni el gravámen; lo que hace es solamente ocultarlo, y esta ocultacion es muy dañosa al crédito territorial, porque no da la medida de seguridad que merece el de cada uno. Es necesario ser lógicos: si se admite la hipoteca legal para asegurar derechos de personas que necesitan la proteccion especial del legislador, sólo se adelanta con ocultarla hacer peor la condicion del que con sobrado desahogo puede cubrir las obligaciones á que están afectas sus propiedades, en beneficio del que no tiene lo necesario para satisfacerlas, ó que, si lo tiene, carece de sobrantes que sirvan de garantía á nuevos créditos. Esta ocultacion de las obligaciones á que está afecta la propiedad, sacrifica el crédito real al crédito aparente, introduce la desconfianza en la propiedad, y hace presumir que todas las fincas están sujetas á iguales cargas y obligaciones.

Adoptado por la Comision el sistema que queda expuesto, la frase *hipoteca legal* no tendrá ya la acepcion antigua, sinó que significará el derecho ó la obligacion de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces ó derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante.

Aunque por regla general la hipoteca legal surta los efectos mismos que la voluntaria, el Proyecto establece, sin embargo, entre ellas algunas diferencias, que son resultado de su diversa naturaleza. Ya quedan indicadas algunas, y se expondrán otras en adelante. Desde luégo, debe tenerse en cuenta que como aquí la hipoteca es necesaria, como dimana de la ley y no de la voluntad de los contrayentes, no puede ménos de establecer una regla para el caso en que no haya conformidad entre los interesados acerca de la suficiencia de los bienes ofrecidos para hipotecar, ó de la parte de responsabilidad que ha de pesar sobre cada uno de ellos en el caso de que sean varios los que especialmente hayan de hipotecarse. La Comision deja á la decision de la autoridad judicial estas diferencias, pero exigiendo como requisito previo que oiga ántes á peritos que den prendas de acierto al fallo que ha de pronunciarse.

La misma razon que hay para la constitucion de las hipotecas legales existe para reclamar y obtener su ampliacion en el caso de que las constituídas lleguen por cualquier causa á ser insuficientes: sin esta ampliacion la proteccion que dispensa la ley sería incompleta: puede decirse más; que áun omitida se sobreentenderia, porque la interpretacion, fundándose en el espíritu del legislador, supliria su silencio.

La tramitacion que debe seguirse para la constitucion de la hipoteca legal en los casos en que el juez debe exigirla de oficio ó á instancia de parte legítima, y para declarar su suficiencia, se ha determinado procurando conciliar la brevedad con el respeto á los derechos de los interesados.

Establecidas estas reglas generales respecto á la hipoteca legal, la Comision expresa los casos únicos en que ha de tener lugar en lo sucesivo, y fija en cada uno de ellos las reglas que ha creído más adecuadas para que realmente sea una verdad lo que en el Proyecto propone. Esto requiere algunas observaciones.»

Suprimimos lo referente á las hipotecas legales que se conceden á la mujer casada, á los menores, etcétera, etc., por habernos ocupado de ellas en otros lugares. Despues de aquéllas se ocupa la *Exposicion de motivos* de las

«HIPOTECAS Á FAVOR DE LA ADMINISTRACION.—En todos tiempos se ha equiparado al Estado, á las provincias y á los pueblos con los menores, y se les han dispensado iguales ó mayores consideraciones, hasta el de concederles el beneficio de la restitucion *in integrum*, para que pudieran obtener reparacion de los perjuicios que les sobreviniesen por culpa de los que debían mirar por sus intereses, ó por fraude de otras personas. No está llamada la Comision en este Proyecto á examinar si son ó no justos y convenientes á la Administracion estos beneficios; pero limitándose al estado actual de nuestro derecho, cree que no puede negárseles la hipoteca legal, si bien con el carácter de especial y pública, para ponerla en armonía con el nuevo sistema. La hipoteca legal se establece sobre los bienes de los que contratan con la Administracion y manejan sus intereses, por la responsabilidad en que pueden incurrir, y sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que gravitan sobre ellos. No puede ser más reducido el beneficio. Aun el primero de estos dos casos, más que como beneficio singular, puede considerarse como una disposicion comun del derecho, porque siguiendo el sistema de la Comision, se ha sustituido la hipoteca especial y expresa á la general y tácita, y ha habido, por lo tanto, necesidad de ordenar que las Direcciones generales del Estado, los Gobernadores de las provincias y los Alcaldes exijan la constitucion de hipotecas especiales sobre los bienes de los que manejan fondos públicos ó contratan con el Estado, con las provincias ó los pueblos, en la forma que prescriban los reglamentos administrativos. Es decir, que, en lo que se refiere á la hipoteca, cesa el antiguo privilegio; porque del mismo modo que un particular exige las garantías que estima convenientes á sus administradores y á las personas que con él contratan, la Administracion, exigiéndolas, no hace más que aplicar á la gestion de los negocios públicos lo que los particulares á veces hacen en los suyos. Libre es la Administracion para aumentar los casos en que han de exigirse estas garantías: en sus reglamentos, en sus contratos, no dejará de asegurar, por medio de hipotecas expresas y convencionales, los intereses cuya direccion le está encomendada; en ellos está el medio de evitar perjuicios á los pueblos, á las provincias y al Estado. Este es el sistema que tiene ya adoptado en todos sus contratos y en todas las administraciones de fondos públicos, dando una prueba evidente de que está convencida del poco valor de la hipoteca legal, general y tácita, que, más que para su garantía, sirve para que figure entre sus privilegios uno que siendo frecuentemente ineficaz, da á veces ocasion á que se miren con de-

cias del Tribunal Supremo (Sent. 19 Diciembre 1864).

La cesion en pago de cierta parte de una cosa hipotecada, no puede producir el efecto de librarla del gravámen á que toda ella se halla afecta, ínterin dicho grávamen no se redima (Sent. 21 Octubre 1864).

Cuando no se trata de perseguir hipoteca alguna, ni de discutir sobre el gravámen de las fincas, no pueden reputarse infringidas las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XVI, lib. X de la Nov. Rec., aunque se admita y considere por una sentencia una escritura que no haya sido registrada oportunamente (Sent. 29 Setiembre 1865).

Las leyes 10, 28 y 34, tít. XIII, Partida 5.ª, no tienen aplicacion cuando no se trata del valor comparativo de dos ó más hipotecas constituídas sobre una misma finca y su prelacion relativa (Sent. 23 Noviembre 1868).

La hipoteca general debe ser pospuesta á la especial y expresa (Sent. 16 Marzo 1869).

Si bien la ley Hipotecaria sanciona la constitucion ó inscripcion de hipotecas especiales en equivalencia de las legales, no establece ni permite semejante conversion respecto de las hipotecas generales puramente convencionales, las cuales no son susceptibles de inscripcion, segun la mencionada ley, ni lo fueran tampoco con arreglo á las anteriores recopiladas en que se establecieron los registros de hipotecas (Sentencia 30 Mayo 1871).

El art. 105 de la ley Hipotecaria sólo determina en general los efectos de las hipotecas (Sent. 28 Junio 1871).

La ley Hipotecaria no reconoce ni establece hipotecas generales ni tácitas, sinó especiales y expresas (Sent. 21 Enero 1874).

El art. 105 de la ley Hipotecaria no prohibe la venta de los bienes hipotecados, ya sea por su dueño, ya por autoridad judicial, depositando íntegro el producto de los mismos, segun lo dispone el art. 997 de la ley de Enjuiciamiento civil para responder á quien sea acreedor de mejor derecho (Sent. 22 Febrero 1876).

Los artículos 105, 146 y 156 de la ley Hipotecaria no destruyen el justo principio de que existiendo dos ó más obligaciones, y perseguida la finca por una de ellas pierden, los otros acreedores el derecho á perseguirla tambien en perjuicio del adquirente (Sent. 6 Noviembre 1876).

Si los bienes se vendieron sin mencionar las pensiones constituídas á favor de particulares, ni se rebajó el capital que las mismas representan de la tasa y precio en que hayan sido vendidos, esta circunstancia no releva á los compradores de la obligacion de pagar el censo, porque éste va inherente á la finca, sea quien fuere su poseedor (Sent. 10 Febrero 1877).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La ley 44, tít. XIII, Partida 5.ª, que prohibe al acreedor comprar la cosa que tiene en prenda á no ser con *otorgamiento é plazer del due-*

---

cuido las precauciones convenientes para evitar que sean perjudicados los intereses públicos, y excita justos clamores por su exorbitancia. Más previsora la Administracion en nuestros dias que en los tiempos que pasaron, se cuida de atajar el mal en su orígen, más que de buscar despues de sucedido remedios extraordinarios, de utilidad problemática y de dudoso éxito. La Comision sigue el impulso de la Administracion al proponer la reforma.

La hipoteca de los bienes de los contribuyentes para el pago de las contribuciones se ha limitado á un año, porque no es de presumir que dentro de él deje la Administracion de hacer que se satisfaga lo que en este concepto se adeude. El que compra una finca debe suponer que está al corriente en el pago de contribuciones, porque nadie ignora las vías de apremio, que tan ejecutivas son contra los morosos. Si los agentes de recaudacion han sido omisos, esta falta no debe recaer sobre un tercero, que no puede ménos de considerarlos como diligentes. Así sabe el adquirente hasta dónde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisicion es por título oneroso, de que le acredite el enajenante que no tiene descubiertos, ó sabrá, por lo ménos, de un modo fijo los que tenga.

HIPOTECA Á FAVOR DEL ASEGURADOR.—El premio del seguro es deuda que debe afectar con hipoteca á la finca asegurada: no hay ley que terminantemente lo ordene, pero no puede dudarse de su justicia, tanto por los riesgos que corre el asegurador, mayores que en los demas contratos, como porque si bien no puede decirse, atendido el tecnicismo riguroso, que es una carga real que grava la propiedad, tiene mucha semejanza con ella y suele estipularse en los contratos de seguros de bienes inmuebles.

Por esto el Proyecto, siguiendo el ejemplo de otras naciones, y atendiendo más á lo que debe ser que á lo que de derecho existe, comprende entre las hipotecas legales la de los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y cuando el seguro es mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho. Los premios devengados anteriormente no deben exigirse en perjuício de tercero: la ley presume que estaban satisfechos. Si no lo están, es por culpa de los aseguradores, los cuales pueden perpetuar su derecho exigiendo y obteniendo una hipoteca especial por las cantidades que se adeuden, cualquiera que sea la fecha en que debieron satisfacerse, pero sin que esto perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca ú otro derecho real sobre ella ántes de que la inscripcion llegara á efectuarse.»

ño della, ha sido derogada expresamente por la ley de Enjuiciamiento civil. Ni esta ley, al establecer ó señalar los trámites á que debe sujetarse todo acreedor para hacerse pago de su crédito con los bienes del deudor, ni la Hipotecaria, al fijar especialmente estos mismos trámites respecto del acreedor hipotecario, cuándo ha de hacer efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, excluyen de una manera clara y terminante al acreedor del acto de la subasta, deduciéndose, por el contrario, de su silencio, que puede tomar parte en ella con los mismos derechos y obligaciones que los extraños, con lo cual, léjos de haber perjuicio para el deudor, existe el beneficio que lleva consigo la concurrencia de postores, para aumentar el precio, supuesto que el acreedor en ningun caso ha de ofrecer postura menor de las dos terceras partes del justo precio, y por esta misma cantidad puede solicitar, al dia siguiente de la subasta sin postores, la adjudicacion de la finca (Resolucion Dir. Gen. 30 Noviembre 1875).

Autorizados los condueños por la ley 55, título V, Partida 5.ª, para enajenar la parte que les corresponda en la cosa comun, aunque no se halle dividida, lo están, por consiguiente, para hipotecarla con arreglo á los artículos 106, 107 y 108 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 8 Enero de 1878).

COMENTARIO

Despues de la explicacion doctrinal que se hace en la *Exposicion de motivos* de la ley, y que incluimos por nota en los respectivos capítulos, ningun comentario ha de ser tan autorizado. El que nosotros pudiéramos escribir resultaría diminuto, dadas las proporciones de la obra, por lo cual hemos preferido suprimirlo, dando en su lugar cabida á las numerosas resoluciones emanadas de la Direccion general de los Registros Civil de la Propiedad y del Notariado, con lo que la alteracion resulta en beneficio de los lectores.

En cuanto al reglamento de la ley Hipotecaria, indispensable para la aplicacion de la ley, así como un extraordinario número de disposiciones adicionales, reales decretos, reales órdenes y otros preceptos tambien de gran utilidad, pueden hallarse íntegros en el correspondiente capítulo de nuestra obra: REGLAMENTO GENERAL PARA LA EJECUCION DE LAS LEYES CIVILES ESPAÑOLAS, ó sea *Compilacion metódica de reglamentos leyes adjetivas, decretos, reales órdenes, circulares, instrucciones y demas disposiciones de carácter civil y las administrativas que con ellas se relacionen, con jurisprudencia, notas*, etc., etc.

Artículo 1816.—Sólo podrán ser hipotecados:

1.° Los bienes inmuebles.

2.° Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles.

ORÍGENES

Art. 106, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION.

Es inscribible en concepto de inmueble el edificio construído por el concesionario de un terreno en la playa para baños, áun cuando sea de madera, siempre que esté fijo ó adherido al suelo, y no pueda trasladarse de un lugar á otro sin deshacerlo, porque el derecho adquirido por el que levanta el edificio con autorizacion del dueño del solar es un verdadero derecho real, susceptible de hipoteca, cualesquiera que sean los pactos ó convenios celebrados entre aquellas personas, conforme á la doctrina del artículo 107, núm. 1.°, de la ley Hipotecaria.

Artículo 1817.—Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuacion se expresan:

1.° El edificio construído en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravámen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado.

2.° El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligacion asegurada, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido, á no mediar el hecho que le puso fin.

3.° La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sinó que se extenderá tambien al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.

4.° Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos á hipotecar, siempre que quede á salvo la prelacion que tuviere para cobrar su crédito aquel á cuyo favor esté constituída la primera hipoteca.

5.° Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demas partícipes en la propiedad.

6.° Los ferro-carriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, cuya explotacion haya concedido el Gobierno por diez años ó más, y los edificios ó terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados á aquellas obras, pero quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolucion del derecho del concesionario.

7.° Los bienes pertenecientes á personas que no tienen la libre disposicion de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenacion.

8.° El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente, la que se constituya sobre él, de la resolucion del mismo derecho.

9.° Los bienes vendidos con pacto de *retroventa* ó á carta de gracia, si el comprador ó su causa-habiente limita la hipoteca á la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, á fin de que si se retrajeren los bienes ántes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, á no preceder para ello precepto judicial, ó si el vendedor ó su causa-habiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados, sin retraerlos préviamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.

10. Los bienes litigiosos, si la demanda orígen del pleito se ha anotado preventivamente, ó si se hace constar en la inscripcion que el acreedor tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolucion del pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo fuera del hipotecante.

ORÍGENES

Art. 107, ley Hipotecaria.

Artículo 1818.—No se podrán hipotecar:

1.° Los frutos y rentas pendientes, con separacion del predio que los produzca.

2.° Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.

3.° Los oficios públicos.

4.° Los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de Bancos, empresas ó compañías de cualquiera especie.

5.° El derecho real en cosas que, áun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscritas á favor del que tenga el derecho á poseer.

6.° Las servidumbres, á ménos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.

7.° El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.

8.° El uso y la habitacion.

9.° Las minas, miéntras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, aunque estén situadas en terreno propio.

ORÍGENES

Art. 108, ley Hipotecaria.

Artículo 1819.—El poseedor de bienes sujetos á condiciones resolutorias pendientes podrá hipotecarlos ó enajenarlos, siempre que quede á salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripcion reserva expresa del referido derecho.

Si la condicion resolutoria pendiente afectare á la totalidad de la cosa hipotecada, no se podrá ésta enajenar para hacer efectivo el crédito sinó cuando dicha condicion deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos á que éste tenga derecho se aplicarán desde luégo al pago del crédito.

Cuando la condicion resolutoria afecte únicamente á una parte de la cosa hipotecada, deberá ésta enajenarse judicialmente con la misma condicion resolutoria á que esté sujeto el dominio del deudor, y aplicándose al pago, ademas de los frutos á que éste tenga derecho, el precio de la venta.

Si ántes de que ésta se consume adquiere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenacion para el pago. Lo dispuesto en este artículo es aplicable á los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitucion pendiente, á favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes.

ORÍGENES

Art. 109, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los compradores de bienes raíces con el pacto de retroventa tienen el carácter de dueños de bienes sujetos á condicion resolutoria, como lo confirma la doctrina del art. 109 de la ley Hipotecaria, al reconocerles la facultad de enajenarlos, y el art. 107 de la misma, en su número 9.º, al señalar las limitaciones con que pueden hipotecarlos; lo cual demuestra de una manera decisiva que dichos compradores adquieren el dominio del inmueble con dicho pacto, ó un derecho real impuesto sobre el mismo, pues que segun el art. 106 de la propia ley, sólo son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles, ó los derechos reales sobre ellos constituídos (Res. Dir. Gen. 14 Enero 1876).

Segun el texto claro y terminante del art. 109 de la ley Hipotecaria, los bienes sujetos á condicion resolutoria no pueden enajenarse para hacer efectivo el crédito que con garantía de los mismos se hubiere constituído, cuando la condicion afectase á la totalidad de la cosa hipotecada, á no ser en el caso de que aquélla dejase de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor. El mismo art. 109 permite la enajenacion judicial de dichos bienes para el indicado objeto, cuando la condicion resolutoria afecte únicamente á una parte de la finca hipotecada, en cuyo caso podrá enajenarse ésta con dicha condicion, aplicándose al pago del crédito, ademas de los frutos á que tenga derecho el deudor, el precio de la venta.

Otorgada por un juez á favor del acreedor la escritura de adjudicacion y dacion en pago por falta de licitadores, sin expresar la naturaleza y extension de la condicion resolutoria que afectaba á la finca adjudicada, ha infringido de una manera clara y terminante el art. 109 de la ley Hipotecaria, no pudiendo, en su consecuencia, inscribirse la mencionada escritura, porque ademas de oponerse á ello la prescripcion de la ley, sería inducido á error sustancial y grave perjuicio el tercero que en vista de la inscripcion de enajenacion judicial tratase de adquirir la finca enajenada en favor del acreedor. El mencionado defecto no puede subsanarse haciendo constar el registrador en la inscripcion de la escritura la condicion resolutoria, supuesto que el contenido de aquel documento está en oposicion con la enunciada condicion, y el registrador ademas carece de facultades para alterar ó modificar la naturaleza y condiciones del derecho que se inscribe, debiendo limitarse á consignar aquélla y éstas en los libros segun resulten del documento presentado (Resolucion Dir. Gen. 17 Noviembre 1879).

Artículo 1820.—La hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligacion, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al

propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.

ORÍGENES

Art. 110, ley Hipotecaria.

Artículo 1821.—Conforme á lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:

1.° Los objetos muebles, colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocacion se haya verificado despues de constituída la hipoteca.

2.° Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego ó desagüe, obras de reparacion, seguridad, trasformacion, comodidad, adorno ó elevacion de los edificios, y cualesquiera otras semejantes, que no consistan en agregacion de terrenos, excepto por accesion natural, ó en nueva construccion de edificios donde ántes no los hubiere.

3.° Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligacion hipotecaria estuvieren pendientes de los árboles ó plantas, ó ya cogidos, pero no levantados ni almacenados.

4.° Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas, y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito.

5.° Las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguracion de éstos ó de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro despues de constituída la hipoteca, ó bien por la expropiacion de terrenos por causa de utilidad pública.

ORÍGENES

Art. 111, ley Hipotecaria.

Artículo 1822.—Cuando la finca hipotecada pasare á manos de un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca á los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad ó trasformacion, siempre que unos ú otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni á los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo.

ORÍGENES

Art. 112, ley Hipotecaria.

Artículo 1823.—El dueño de las accesiones ó mejoras que no se entiendan hipotecadas segun lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe ó retener los objetos en que consistan, si esto pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca; mas en el primer caso, no podrá detener el cumplimiento de la obligacion principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sinó que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca, cuando se enajene para pagar el crédito.

ORÍGENES

Art. 113, ley Hipotecaria.

Artículo 1824.—La hipoteca constituída á favor de un crédito que devengue interes, no asegurará, con perjuício de tercero, ademas del capital, sinó los intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

ORÍGENES

Art. 114, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Los artículos 114, 115, 147 y 42 de la ley Hipotecaria, en el concepto de que declaran preferencia á favor del acreedor que ha obtenido la anotacion preventiva sobre los acreedores posteriores á ella, son inaplicables y no han podido ser infringidos cuando el crédito de la demanda por capital, intereses y costas, es an-

terior á la anotacion obtenida por el recurrente (Sent. 5 Abril 1878).

Artículo 1825.—Al trascurrir tres años, contados desde que el préstamo empezó á devengar réditos no pagados, podrá el acreedor exigir que la hipoteca constituída se amplíe sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar los intereses correspondientes al primero de dichos años; pero sólo en el caso de que habiendo vencido la obligacion de pagar alguna parte de los mismos réditos, hubiere el deudor dejado de satisfacerla.

Si el acreedor hiciere uso de su derecho despues de los tres años, podrá exigir la ampliacion de hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliacion no estuviere asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningun caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente, y despues de los dos años haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados.

Si el deudor no consintiere dicha ampliacion de hipoteca, podrá el acreedor reclamarla en juício ordinario y anotar preventivamente la demanda que con tal objeto deduzca.

ORÍGENES

Art. 115, ley Hipotecaria.

Artículo 1826.—Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliacion de hipoteca de que trata el artículo precedente; pero podrá ejercitar igual derecho respecto á cualesquiera otros bienes inmuebles que posea el mismo deudor y pueda hipotecarlos.

ORÍGENES

Art. 116, ley Hipotecaria.

Artículo 1827.—El acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca acensuada, con perjuício de otro acreedor hipotecario ó censualista posterior, sinó en los términos y con las restricciones establecidas en los artículos 114 y 115; pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho á hacerlo el acreedor hipotecario, segun el artículo anterior, cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada.

ORÍGENES

Art. 117, ley Hipotecaria.

Artículo 1828.—Cuando un predio dado en enfitéusis caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfitéuta, pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo.

ORÍGENES

Art. 118, ley Hipotecaria.

Artículo 1829.—Cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravámen de que cada una deba responder.

ORÍGENES

Art. 119, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Conforme con la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el artículo 1.º de su reglamento, son inscribibles las adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, hechos por inmediatos sucesores á los mismos, y todos los demas actos y contratos que sin tener nombre propio en derecho, modifican desde luégo y en lo futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales. La única estipulacion de naturaleza real que no puede inscribirse es la de hipoteca de las nombradas fincas al cumplimiento de las demas obligaciones, porque, aparte de hallarse en oposicion con las anteriores, y especialmente con la renuncia hecha de gravar é hipotecar, *adolece del defecto de no determinarse la cantidad de que debe responder cada una de dichas fincas*, en la forma

que prescribe el art. 99 del Reglamento de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 20 Diciembre 1877).

Siendo tan diversas las obligaciones de que responden las fincas hipotecadas, la distribucion de la cantidad ó parte del gravámen de que debe responder cada una, prevenida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, debe hacerse con separacion respecto del importe ó cuantía de cada una de aquellas dos obligaciones, para que puedan llenarse los fines que se propuso el legislador.

Si bien la omision de dicha formalidad no produce la nulidad de la obligacion contraída ni la del instrumento, impide su inscripcion miéntras no se subsane en la forma que previene el art. 100 del Reglamento Hipotecario (Resolucion Dir. Gen. 18 Abril 1879).

Artículo 1830.—Fijada en la inscripcion la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repétir contra ellos con perjuício de tercero, sinó por la cantidad á que respectivamente estén afectos y la que á la misma corresponda por razon de intereses, con arreglo á lo prescrito en los anteriores artículos.

ORÍGENES

Art. 120, ley Hipotecaria.

Artículo 1831.—Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuício de que, si la hipoteca no alcanzare á cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demas fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelacion, en cuanto á dicha diferencia, sobre los que, despues de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algun derecho real en las mismas fincas.

ORÍGENES

Art. 121, ley Hipotecaria.

Artículo 1832.—La hipoteca subsistirá íntegra, miéntras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligacion garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuício de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.

ORÍGENES

Art. 122, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La indivisibilidad natural de la hipoteca puede destruirse por el consentimiento tácito, siempre que aparezca comprobado por actos suficientes (Sent. 20 Marzo 1852).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina de los artículos 105, 111, párrafo 2.°, y 123 de la ley Hipotecaria, expresamente consignada en la Exposicion de motivos que precede á la de 1861, la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía, que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave, por lo cual, cuando una finca se divide para formar otra distinta, subsiste tambien la hipoteca sobre la nueva finca, á no pactarse lo contrario entre el deudor y el acreedor. En armonía con esta doctrina fundamental, y para llevarla á cumplimiento, dispone el artículo 24 del Reglamento que cuando se divida una finca señalada en el Registro con su número correspondiente, debe inscribirse con número diferente la parte que se separe, haciendo referencia en la nueva inscripcion de los gravámenes que las mismas fincas reunidas tuviesen con anterioridad (Res. Dir. Gen. 27 Febrero 1875).

Artículo 1833.—Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sinó cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribucion, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez.

ORÍGENES

Art. 123, ley Hipotecaria.

Artículo 1834.—Dividida la hipoteca constituída para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel á quien interese la cancelacion parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar á la liberacion de una ó de otra de las fincas gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

ORÍGENES

Art. 124, ley Hipotecaria.

Artículo 1835.—Cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando, siendo varias, no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo 123, no se podrá exigir la liberacion de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.

ORÍGENES

Art. 125, ley Hipotecaria.

Artículo 1836.—La hipoteca constituída por el que no tenga derecho para constituirla segun el Registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiera despues dicho derecho.

ORÍGENES

Art. 126, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Es inaplicable el art. 126 de la ley Hipotecaria, que establece que la hipoteca constituída por el que no tenga derecho para constituirla no se convalida aunque lo adquiera despues, si el demandado no constituyó la hipoteca en virtud del derecho que adquiera posteriormente, sinó con el que tuvo primitivamente y con el cual podía constituirla (Sent. 10 Abril 1876).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina sancionada en los artículos 126 y 139 de la ley Hipotecaria, sólo pueden constituír hipoteca los que segun el Registro tengan derecho para establecer esta clase de gravámenes sobre la propiedad inmueble; de tal suerte, que la constituída por el que carezca de ese derecho no convalecerá, aunque el constituyente lo adquiera con posterioridad (Resolucion Dir. Gen. 18 Noviembre 1876).

Constando en los libros de la antigua Contaduría la sentencia dictada en interdicto de adquirir á favor de una persona, y el carácter de heredero de la finca en cuya posesion legal y pública se halla cerca de veinte años, tiene derecho, segun el Registro, para constituír hipoteca sobre ella (Res. Dir. Gen. 25 Febrero 1878).

Artículo 1837.—El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que aquél posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor despues de requerido judicialmente ó por notario.

ORÍGENES

Art. 127, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El art. 127 de la ley Hipotecaria tiene por objeto asegurar el derecho que asiste al acreedor para reclamar y hacer efectivo el pago de su crédito del tercer poseedor de la finca hipotecada (Sent. 16 Noviembre 1874).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Ni la Direccion general ni los registradores tienen atribuciones para enmendar ó corregir los errores cometidos por los interesados al hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales: como tampoco, tratándose de un mandamiento judicial, pueden apreciar los datos llevados al expediente fuera de tiempo (Resolucion Dir. Gen. 10 Noviembre 1876).

Artículo 1838.—Requerido el tercer poseedor de uno de los dos modos expresados

en el anterior artículo, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes, regulados conforme á lo dispuesto en el art. 114, ó desamparar los bienes hipotecados.

ORÍGENES

Art. 128, ley Hipotecaria.

Artículo 1839.—Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes, será responsable con los suyos propios, ademas de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento, y de las costas judiciales á que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor desampare los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, á fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo.

ORÍGENES

Art. 129, ley Hipotecaria.

Artículo 1840.—Lo dispuesto en los tres anteriores artículos será igualmente aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligacion.

ORÍGENES

Art. 130, ley Hipotecaria.

Artículo 1841.—Si para el pago de alguno de los plazos del capital ó de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligacion, se verificará la venta y se trasferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual, con los intereses, se deducirá del precio. Si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

ORÍGENES

Art. 131, ley Hipotecaria.

Artículo 1842.—Se considerará tambien como tercer poseedor, para los efectos de los artículos 127 y 128, el que hubiere adquirido solamente el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó bien la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el el derecho correlativo.

Si hubiere más de un tercer poseedor por hallarse en una persona la propiedad ó el dominio directo, y en otra el usufructo ó el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento.

ORÍGENES

Art. 132, ley Hipotecaria.

Artículo 1843.—Al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podrá pedir que se despache mandamiento de ejecucion contra todos los bienes hipotecados, estén ó no en poder de uno ó varios terceros poseedores; pero éstos no podrán ser requeridos al pago sinó despues de haberlo sido el deudor y no haberlo realizado. Cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes, debiendo el tercer poseedor otorgar la escritura de venta, ú otorgarse de oficio en su rebeldía. Será Juez ó Tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuere respecto del deudor. No se suspenderá en ningun caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, ó del tercer poseedor, ni por la declaracion de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos.

ORÍGENES

Art. 133, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El art. 133 de la ley Hipotecaria, dirigido á garantir la eficacia de los títulos inscritos, en oposicion á los que no lo estén, aclara, ó si se quiere modifica la regla tercera del art. 157 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 12 Febrero 1872).

Si bien los artículos 157 y 177 de la ley de Enjuiciamiento civil determinan, el primero que procede la acumulacion cuando haya juício de testamentaria y se deduzca una accion de las declaradas acumulables contra el caudal de la misma testamentaría, y el segundo que los efectos de la acumulacíon son que los autos acumulados se sigan en un solo juício y terminen por una sola sentencia, estas disposiciones están modificadas esencialmente por la ley Hipotecaria, puesto que en su art. 133 se declara que para conocer de los juícios ejecutivos contra los bienes hipotecarios es competente el juez que lo fuere del deudor, y que en ningun caso se suspenderá el procedimiento, ni por la muerte del deudor, ni por la declaracion de quiebra, ni por el concurso de acreedores (Sents. 28 Junio 1872 y 16 Junio 1877).

El precepto establecido en la regla 20 del artículo 309 de la ley orgánica del poder judicial, hay que ponerlo en armonía con el 133 de la ley Hipotecaria, sin que sea bastante á impedirlo el que se hubiera solicitado en la demanda que la ejecucion se dirija, no sólo contra los bienes hipotecados, sinó contra los demas que pertenecieren al ejecutado. (Sents. 9 Enero 1873 y 7 Marzo 1878).

Artículo 1844. — La accion hipotecaria prescribirá á los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito.

ORÍGENES

Art. 134, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La accion hipotecaria expresa, anterior á la causa y al embargo de la cosa hipotecada que no tenía la cualidad de litigiosa, es preferente á la accion que nace del delito por su naturaleza personal. La sentencia que contradice este principio infringe la doctrina consignada en las leyes 13, 33 y 38, tít. XIII, Partida 5.ª, y 20, título XIV de la Partida 7.ª (Sent. 4 Mayo 1866).

Para la prescripcion de la accion real hipotecaria es necesario el trascurso de treinta años que exige la ley 63 de Toro (Sent. 21 Diciembre 1869).

La accion real hipotecaria es la procedente para reclamar del poseedor de la finca censida, no sólo el capital del censo, sinó tambien las pensiones corrientes y atrasadas (Sent. 24 Abril 1874).

Artículo 1845.—Las hipotecas legítimamente constituídas sobre bienes que no han de ser en adelante hipotecables con arreglo á esta ley, se regirán, miéntras subsistan, por la legislacion anterior.

ORÍGENES

Art. 135, ley Hipotecaria.

Artículo 1846.—Las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujetarán á las reglas establecidas en los capítulos 2.° y 4.° del Título XXII (títulos 2.° y 4.° de la ley), para las inscripciones y cancelaciones en general, sin perjuício de las especiales contenidas en este Título.

ORÍGENES

Art. 136, ley Hipotecaria.

Artículo 1847.—Las hipotecas son voluntarias ó legales.

ORÍGENES

Art. 137, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO II

DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS

Artículo 1848.—Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyan.

ORÍGENES

Art. 138, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La accion que nace del mutuo es personal, sin que varíe de naturaleza por constituirse hipoteca á la seguridad de la obligacion (Sent. 22 Agosto 1867).

No pueden hipotecarse válidamente á la seguridad de una donacion hecha por el marido fincas que corresponden á su mujer, sin la intervencion de la misma (Sent. 19 Abril 1870).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina del art. 138 de la ley Hipotecaria, las hipotecas voluntarias pueden sustituirse válidamente, no sólo por convenio entre las partes, sinó por exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que las mismas se constituyan, sin necesidad de que se note la aceptacion de la persona á cuyo favor se impone este gravámen. Al disponer el art. 112 del Reglamento la inscripcion de las hipotecas constituídas á favor del Estado, de las corporaciones civiles ó entidades colectivas sin que conste en la escritura la aceptacion, no estableció una excepcion de los principios generales de la ley Hipotecaria, sinó que se limita á aplicar el consignado en el art. 138 citado á ciertos casos particulares. Con arreglo á dicho texto legal, es tambien inscribible la escritura de hipoteca constituída para responder de la ejecucion de cierta sentencia dictada en juicio de rebeldía, á pesar de que no resulta aceptada por persona alguna (Res. Dir. Gen. 25 Junio 1877).

Los bienes cuyo dominio estuviere gravado con la cláusula de sustitucion, en el caso de morir su poseedor sin hijos en la edad de testar, ó con cualquiera otra condicion resolutoria, deben inscribirse cuando se enajenen, expresándose dicha condicion. La ley Hipotecaria no ha cambiado el estado legal de dichos bienes, ni prohibido que se hipotequen, sinó en cuanto tales hipotecas puedan ceder en perjuicio de los que tengan derecho á ellos y sin su consentimiento. (Res. Dir. Gen. 22 Febrero 1864).

Deben inscribirse estas hipotecas expresándose en la inscripcion la condicion resolutoria á que dichos bienes se hallen afectos. Esta inscripcion no perjudicará en ningun caso á las personas llamadas á la sustitucion ó á quienes aproveche la condicion resolutoria, si llegase á cumplirse, excepto aquellas que expresamente hubiesen consentido en la hipoteca. Si no lo hubiesen consentido, y estando pendiente la condicion llegase el caso de repetir contra la finca hipotecada por no cumplirse la obligacion garantida, sólo podrá hacerse ésta efectiva con los frutos y rentas que la finca produjese hasta que llegue el tiempo en que se cumpla ó deje de cumplirse la condicion; pudiéndose en este último caso, y no en el primero, enajenar aquélla para satisfacer lo que aún se debiere (Res. Dir. Gen., id., id., id.).

Artículo 1849.—Sólo podrán constituír hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposicion de sus bienes, ó en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Art. 139, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El acto de autorizar una mujer á su marido para que hipoteque los bienes que le corresponden á la seguridad de una obligacion, no puede calificarse como el contrato de mandato á que se refieren las leyes 11 del Código y 20 del Digesto (Sent. 9 Noviembre 1867).

No puede confundirse la intervencion judicial que declara la incapacidad para ejercer los actos civiles, y por consiguiente para administrar y disponer de los bienes, con el embargo é intervencion constituídos en éstos por alguna responsabilidad que afecte á su poseedor, el cual puede desde luégo disponer de ellos cuando ha cumplido con las obligaciones que dieron lugar á la intervencion (Sent. 10 Junio 1873).

Verificada ésta en los bienes de una persona, para que no eludiese el pago de los alimentos decretados á su mujer y á sus hijos, y convenida con ellos la forma en que habia de realizarse, que aprobó el juzgado, quedó el marido en libertad, no sólo de vender la finca y constituír hipoteca sobre ella para la seguridad del pago de los alimentos, sinó tambien de donar irrevocablemente el capital que afectaba á la hipoteca, con la condicion de que el comprador, al otorgarse la escritura de venta, aceptase y consintiese todas las cláusulas de dicho convenio, con lo que ni se infringe el art. 139 de la ley Hipotecaria, ni ménos se cambia por la escritura de venta la esencia y forma de lo pactado en el convenio (Sent. id. id. id).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Véase la resolucion de 8 de Enero de 1878, en el artículo 1815 (105 de la ley).

Siendo nulas las obligaciones en que las mujeres casadas (ley 61 de Toro) se constituyen en fiadoras de sus maridos, la excepcion establecida en la ley de Toro respecto á las constituídas en mancomun para responder de las rentas reales, no puede extenderse en manera alguna á la responsabilidad que contrajese el marido como recaudador depositario de fondos municipales; pues siendo esta disposicion de carácter privilegiado, no puede extenderse á otros casos no comprendidos en el sentido y tenor literal de la ley (Rés. Dir. Gen. 14 Febrero 1878).

Artículo 1850.—Los que, con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituír hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado, con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario público.

ORÍGENES

Art. 140, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Las hipotecas que se constituyan con poder bastante no necesitan de ratificacion (Sent. 10 Mayo 1876).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Con arreglo al art. 140 de la ley Hipotecaria, las hipotecas voluntarias pueden constituírse por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario público (Rés. Dir. Gen. 13 Mayo 1880).

Artículo 1851.—La hipoteca constituída por un tercero sin poder bastante, podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sinó desde la fecha en que por una nueva inscripcion se subsane la falta cometida.

ORÍGENES

Art. 141, ley Hipotecaria.

Artículo 1852.—La hipoteca constituída para la seguridad de una obligacion futura, ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero, desde su inscripcion, si la obligacion llega á contraerse, ó la condicion á cumplirse.

Si la obligacion asegurada estuviere sujeta á condicion resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto en cuanto al tercero, hasta que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condicion.

ORÍGENES

Art. 142, ley Hipotecaria.

Artículo 1853.—Cuando se contraiga la obligacion futura ó se cumpla la condicion suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, deberán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al márgen de la inscripcion hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituída.

ORÍGENES

Art. 143, ley Hipotecaria.

Artículo 1854.—Todo hecho ó convenio entre las partes, que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligacion hipotecaria anterior, como el pago, la compensacion, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novacion del contrato primitivo y la transaccion ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal, segun los casos.

ORÍGENES

Art. 144, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La ejecutoria que declara hipotecario un crédito por haberle dado este carácter la escritura en que se consignó, no infringe la ley 38, título XIII, Partida 5.ª, ni el art. 144 de la ley Hipotecaria (Sent. 6 Noviembre 1867).

Artículo 1855.—No se considerará asegurado con la hipoteca el interes del préstamo en la forma que prescribe el art. 1824 (114 de la ley), sinó cuando la estipulacion y cuantía de dicho interes resulten de la inscripcion misma.

ORÍGENES.

Art. 145, ley Hipotecaria.

Artículo 1856.—Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar á tercero se requiere:

1.° Que se hayan convenido ó mandado constituír en escritura pública.

2.° Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por el Título XXII.

ORÍGENES

Art. 146, ley Hipotecaria.

Artículo 1857.—El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, á quien pueda perjudicar la repeticion, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente á los réditos de los dos últimos años trascurridos y no pagados, y la parte vencida de la anualidad corriente.

La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la accion real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, siendo considerado respecto á ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario.

ORÍGENES

Art. 147, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La ley Hipotecaria no tiene aplicacion á contratos celebrados con anterioridad á la época en que se publicó; y por consiguiente en estos casos el pago de réditos debe hacerse en la forma pactada, sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 147 de dicha ley (Sent. 15 Octubre 1874).

Artículo 1858.—Las inscripciones de hipotecas voluntarias sólo podrán ser canceladas en la forma prevenida en el art. 1964 (82 de la ley). Si no se prestaren á la cancelacion los que deban hacerla, podrá decretarse judicialmente.

ORÍGENES

Art. 148, ley Hipotecaria.

Artículo 1859.—Cuando se redima un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho

el acreedor hipotecario á que el redimente, á su eleccion, le pague su crédito por completo, con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo.

En este último caso, se hará una nueva inscripcion de la hipoteca, la cual expresará claramente aquella circunstancia, y surtirá efecto desde la fecha de la inscripcion anterior.

ORÍGENES

Art. 149, ley Hipotecaria.

Artículo 1860.—El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el Registro.

El deudor no quedará obligado por dicho contrato á más que lo estuviere por el suyo.

El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.

Si la hipoteca se ha constituído para garantizar obligaciones trasferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá trasferido con la obligacion ó con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor, ni de hacerse constar la trasferencia en el Registro.

ORÍGENES

Art. 153, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Limitándose la disposicion que contiene el art. 153 de la ley Hipotecaria á facilitar la trasmision de los derechos inscritos en el Registro de la propiedad, se halla subordinada á lo establecido en las leyes comunes acerca de los derechos y obligaciones que nacen de los contratos (Sent. 31 Enero 1868).

Artículo 1861.—Si en los casos en que deba hacerse se omite dar conocimiento al deudor de la cesion del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

ORÍGENES

Art. 154, ley Hipotecaria.

Artículo 1862.—Los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sinó cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor.

ORÍGENES

Art. 155, ley Hipotecaria.

Artículo 1863.—La hipoteca subsistirá en cuanto á tercero, miéntras no se cancele su inscripcion.

ORÍGENES

Art. 156, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El derecho de hipoteca se considera extinguido cuando de la escritura otorgada por los acreedores consta con la claridad suficiente, atendida la época en que se redactó el documento, la voluntad y consentimiento de los acreedores, de dar por extinguido y cancelado dicho gravámen al declarar que trasmitian la finca que estaba á ellos hipotecada en pleno dominio y sin reservarse sobre la misma derecho ni accion alguna (Res. Dir. Gen. 31 Marzo 1879).

CAPÍTULO III

DE LAS HIPOTECAS LEGALES

Artículo 1864.—Son únicamente hipotecas legales las establecidas en el art. 1875 (168 de la ley).

ORÍGENES

Art. 157, ley Hipotecaria.

Artículo 1865.—Las personas á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitucion de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho.

ORÍGENES

Art. 158, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Los artículos 158 y 159 de la ley Hipotecaria, referentes á las hipotecas legales que ella establece, no son aplicables á las que tuvieran su orígen ántes de regir aquella ley (Sent. 28 Junio 1871).

Artículo 1866.—Para que las hipotecas legales se entiendan constituídas, se necesita la inscripcion del título en cuya virtud se constituyan.

ORÍGENES

Art. 159, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Para que se entiendan constituídas, se necesita la inscripcion del título en cuya virtud se constituyan, segun se previene en el art. 159 de la ley Hipotecaria (Sent. 11 Febrero 1874).

Artículo 1867.—Las personas á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, podrán exigir que se constituya la especial sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla, siempre que, con arreglo á esta ley, sean hipotecables.

Tambien podrán exigir dicha hipoteca en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad ó la administracion, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligacion que se debiera haber asegurado.

ORÍGENES

Art. 160, ley Hipotecaria.

Artículo 1868.—La hipoteca legal, una vez constituída é inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más excepciones que las expresamente determinadas en esta ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiera.

ORÍGENES

Art. 161, ley Hipotecaria.

Artículo 1869.—Si para la constitucion de alguna hipoteca legal se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, conforme á lo dispuesto en el art. 1829 (119 de la ley), decidirá el Juez ó el Tribunal, previo dictámen de peritos.

Del mismo modo decidirá el Juez ó el Tribunal las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificacion de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitucion de cualquiera hipoteca legal.

ORÍGENES

Art. 162, ley Hipotecaria.

Artículo 1870.—En cualquier tiempo en que llegaren á ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliacion ó deberán pedirla los que con arreglo á esta ley tengan respectivamente el derecho ó la obligacion de exigirlas y de calificar su suficiencia.

ORÍGENES

Art. 163, ley Hipotecaria.

Artículo 1871.—Las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituído, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.

ORÍGENES

Art. 164, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Segun lo dispuesto en el art. 164 de la ley Hipotecaria, las hipotecas legales subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad hubiesen sido constituídas, y se concederán en los mismos términos que las voluntarias, las cuales, inscritas en el Registro por medio de escritura pública, aunque proceda su cancelacion, si no la consintiera aquel á quien ésta perjudique, no se cancelarán sinó por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion, segun expresamente se establece en el art. 82 de la precitada ley (Sentencia 20 Marzo 1873).

Artículo 1872.—Para constituír ó ampliar judicialmente, y á instancia de parte, cualquiera hipoteca legal, se procederá con sujecion á las reglas siguientes:

1.ª El que tenga derecho á exigirla, presentará un escrito en el Juzgado ó Tribunal del domicilio del obligado á prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituírse, y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, ó por lo ménos el Registro donde deban constar inscritos los que posea la misma persona obligada.

2.ª A este escrito acompañará precisamente el título ó documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y si fuere posíble, una certificacion del Registrador en que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.

3.ª El Juez ó Tribunal, en su vista, mandará comparecer á su presencia á todos los interesados en la constitucion de la hipoteca, á fin de que se avengan, si fuere posible, en cuanto al modo de verificarla.

4.ª Si se avinieren, mandará el Juez ó el Tribunal constituír la hipoteca en los términos que se hayan convenido.

5.ª Si no se avinieren, ya sea en cuanto á la obligacion de hipotecar, ó ya en cuanto á la cantidad que deba asegurarse, ó la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado, y seguirá el juício los trámites establecidos para los incidentes en los artículos 342 al 350 de la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 165, ley Hipotecaria.

Artículo 1873.—En los casos en que el Juez ó el Tribunal deba proceder de oficio para exigir la constitucion de una hipoteca legal, dispondrá que el Registrador correspondiente le remita la certificacion prevenida en la regla segunda del artículo anterior; en su vista, mandará comparecer al obligado á constituír la hipoteca, y con su audiencia y la del Ministerio fiscal, seguirá despues el juício por los trámites que quedan prescritos.

ORÍGENES

Art. 166, ley Hipotecaria.

Artículo 1874.—Lo dispuesto en los dos anteriores artículos se entenderá sin perjuicio de las reglas establecidas en el art. 194 sobre hipotecas por bienes reservables, y en la ley de Enjuiciamiento civil sobre fianzas de los tutores y curadores, y no será aplicable á la hipoteca legal á favor del Estado, de las provincias ó de los pueblos, sinó cuando los reglamentos administrativos no establecieren otro procedimiento para exigirla.

ORÍGENES

Art. 167, ley Hipotecaria.

Artículo 1875.—Se establece hipoteca legal:

1.° En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos:

Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de notario.

Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley.

Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado á sus maridos.

Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad.

2.° En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los que éstos deban reservarles segun las leyes, y por los de su peculio.

3.° En favor de los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles.

4.° En favor de los menores ó incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por los que éstos hayan recibido de ellos, y por la responsabilidad en que incurrieren.

5.° En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos; sobre los bienes de los que contraten con ellos ó administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeren con arreglo á derecho; sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.

6.° En favor de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años, y si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

ORÍGENES

Art. 168, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Segun las leyes 25 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª, el Estado tiene hipoteca legal privilegiada en los bienes de sus deudores para la cobranza de sus créditos, sin que se haya hecho innovacion alguna en la legislacion mercantil acerca de estos derechos (Sent. 6 Noviembre 1867).

Segun las terminantes prescripciones de la ley Hipotecaria vigente, sólo pueden ejercitar el derecho á que se constituya hipoteca aquellos interesados á cuyo favor se establecen hipotecas legales en alguno de los casos taxativamente señalados en el art. 168, ó aquellos que á la publicacion de dicha ley tuvieran á su favor alguna de las hipotecas legales que establecía la legislacion anterior. (Sent. 21 Enero 1874).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La hipoteca constituída por un marido menor de edad, con el objeto de garantir la dote de su mujer, es inscribible, porque el artículo primero de la real órden de 28 de Agosto de 1876 se refiere á los hijos no *emancipados*, y el que se casa lo está en virtud del matrimonio. No es aplicable á la escritura de hipoteca lo consignado en las leyes de Partida y Recopiladas, porque estando prohibidos por la actual legislacion, segun ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de Octubre de 1857 y 11 de Enero de 1859, los contratos entre marido y mujer fuera de los casos exceptuados, el otorgamiento en estos últimos tiene que regirse por leyes especiales. La ley Hipotecaria atribuye suficiente capacidad al esposo menor de edad para otorgar por sí solo el contrato de hipoteca á favor de su esposa, como consecuencia forzosa é ineludible del matrimonio contraido, en el mero hecho de no exigir ningun otro requisito para su otorgamiento, co-

mo exige el de la autorizacion judicial para que los cónyuges menores de edad puedan enajenar ó gravar en favor de un extraño los bienes dotales ó los hipotecados á la seguridad de los mismos; porque el sentido de la ley Hipotecaria, de acuerdo esta parte con los principios consignados en el proyecto de Código civil y con la práctica que viene observándose, rechaza la autorizacion judicial para que los cónyuges menores de edad puedan otorgar los contratos de aportacion dotal y constitucion de hipoteca, cuyo sentido confirma el mismo texto de la ley al estimar suficiente la intervencion de los padres ó del curador de la mujer menor de edad para los actos importantes de reclamar la hipoteca legal y calificar la suficiencia de la ofrecida por el marido, así como al reservar la intervencion judicial al caso en que no hubiese avenencia ó conformidad entre los esposos sobre la obligacion de constituir dicha hipoteca y sobre la calidad y cuantía de los bienes ofrecidos. No siendo necesaria ni exigiendo la ley Hipotecaria la autorizacion judicial para todo los actos relacionados con la aportacion dotal por parte de la mujer menor de edad, tampoco puede exigirse paraque el marido complete estos mismos actos legales, sobre todo si se tiene presente que este último viene obligado á constituir el de hipoteca, y que ningun perjuicio puede sufrir áun en el caso de que constituyese en hipoteca bienes que excediesen en gran cantidad del valor de los dotales asegurados, porque segun la doctrina de dicha ley, sólo quedarían gravados en cuanto al verdadero importe del crédito dotal, pudiendo disponer de lo que sobrase despues de cubierta dicha responsabilidad (Res. Dir. Gen. 3 Mayo 1878).

Si bien el art. 171 de la ley Hipotecaria autoriza al marido para constituir en cualquier tiempo hipoteca á favor de la mujer por la dote que confesó haber recibido ántes de la celebracion ó en el primer año del matrimonio, es necesario que se haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales ó la de otros semejantes ó equivalentes en el momento de reclamarse por la mujer la constitucion de dicha hipoteca (Res. Dir. Gen. 14 Mayo 1876).

Artículo 1876.—Las hipotecas á que se refiere el artículo anterior se regirán por las disposiciones de los artículos 217, 218, 219, 220, 221, 255, 256, 257, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1372, 1373, 1396, 1397, 1398, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1411, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418 y 1434.

ORÍGENES

Arts. 172 y siguientes, hasta el 216 inclusive, de la ley Hipotecaria.

Artículo 1877.—Las Direcciones generales, los Gobernadores de las provincias y los Alcaldes, deberán exigir la constitucion de hipotecas especiales sobre los bienes de los que manejen fondos públicos ó contraten con el Estado, las provincias ó los pueblos, en todos los casos y en la forma que prescriban los reglamentos administrativos.

ORÍGENES

Art. 217, ley Hipotecaria.

Artículo 1878.—El Estado, las provincias ó los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que graven á los inmuebles.

Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente á dicha anualidad, podrá exigir el Estado una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos.

ORÍGENES

Art. 218, ley Hipotecaria.

Artículo 1879.—El asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho á exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó más años, ó de dos ó más de los últimos dividendos, si el seguro fuere mutuo.

ORÍGENES

Art. 219, ley Hipotecaria.

Artículo 1880.—Miéntras no se devenguen los premios de los dos años, ó los dos

últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demas créditos.

ORÍGENES

Art. 220, ley Hipotecaria.

Artículo 1881.—Devengados y no satisfechos los dos dividendos ó las dos anualidades de que tratan los dos artículos anteriores, deberá constituírse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere, y la inscripcion no surtirá efecto sinó desde su fecha.

ORÍGENES

Art. 221, ley Hipotecaria.

TÍTULO XXII

DEL REGISTRO PÚBLICO

CAPITULO PRIMERO

DE LOS TÍTULOS SUJETOS Á INSCRIPCION [1]

Artículo 1882.—Subsistirán los Registros de la propiedad inmueble en todos los pueblos en que se hallan establecidos. No podrán suprimirse ni crearse Registros sinó por una ley. Para alterarse la circunscripcion territorial que en la actualidad corresponde á cada Registro, deberá existir motivo de necesidad ó conveniencia pública, que se hará constar en expediente, y será oído el Consejo de Estado.

---

(1) Exposicion de motivos.—¿Cuáles deben de ser las bases de la nueva ley? El Gobierno no las prescribió á la Comision, si bien en Real órden de 10 de Agosto del mismo año (1855) manifestó el deseo de que la nueva ley partiera del principio de publicidad, que no se reconocieran para lo sucesivo hipotecas generales, que se establecieran formalidades exteriores para la traslacion de la propiedad y de los demas derechos en la cosa, que se meditase con detencion la conveniencia ó inconveniencia de suprimir las hipotecas legales, y que en el primer caso se excogitaran los medios de conciliar la supresion con los intereses que ántes protegía el privilegio, y especialmente los de las mujeres casadas, menores é incapacitados. Mas reconociendo el Gobierno la grave trascendencia de estas cuestiones, confió á la Comision la difícil tarea de examinarlas, en la seguridad de que estudiaría los trabajos anteriores, los compararía con las leyes de las demas naciones, y prepararía un proyecto digno de ser ley, y que fuera base y punto de partida para plantear reformas vivamente ansiadas por el país, algunas iniciadas ó reclamadas enérgicamente por sus representantes.

La plena confianza que el Gobierno ha depositado en la Comision, y la libertad en que la dejó para seguir sus propias inspiraciones, la han comprometido más y más á procurar el acierto; estudios concienzudos y detenidos, discusiones frecuentes y prolongadas, y multiplicadas revisiones, han sido por mucho tiempo la tarea continua de la Comision, que si no ha llegado á llenar su encargo tan cumplidamente como deseara, puede asegurar al ménos que ha puesto en contribucion cuanto alcanzaba para conseguirlo. Pero á pesar de haber encontrado, no sólo aceptables, sinó preferibles los principios indicados por el Gobierno, no por eso tiene la presuncion de haber acertado. En materias tan difíciles, tan complicadas, en que vienen á jugar todas las instituciones sociales, nadie, por grandes que sean sus esfuerzos, puede confiar en su trabajo; bastante gloria es la de emprenderlo y llevar una piedra á la grande obra de la regeneracion del derecho.

Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comision en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto á él lo que en la mayor parte de las instituciones del Derecho civil, en que la ciencia y la experiencia de una larga serie de siglos han llegado á formar reglas admitidas universalmente, y que vienen á formar el Derecho comun de los pueblos civilizados.

La legislacion hipotecaria, como sistema, es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones á que da lugar tan interesante parte de la legislacion civil: dispútanse el terreno dos sistemas puestos frente á frente: el que introdujo el Código civil frances, imitado por otros muchos pueblos, y el que, nacido en Prusia, ha llegado á obtener en sus reglas capitales tantos partidarios y dominado en tantos paises.

Si en esta materia tuvieran que seguirse las tradiciones españolas, la cuestion acerca de las bases fundamentales de la ley estaría resuelta. Nuestra actual legislacion hipotecaria adopta un sistema mixto: léjos de seguir el que puede llamarse *germánico*, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas, admite una

ORÍGENES

Art. 1.°, ley Hipotecaria.

combinacion de este sistema con el de las hipotecas ocultas y generales, no ya circunscrito, como lo han hecho otras naciones, en favor de las mujeres casadas, de los menores, de los incapacitados y de la firmeza de los actos judiciales, sinó con una extension que áun dentro de su base no está siempre justificada.

Mas la Comision, que por regla general propende en todos sus actos á lo histórico, á lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del Derecho antiguo sinó cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar á tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada á las exigencias de la época, se ve hoy obligada á presentarse como innovadora, á pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren á las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la Comision cuando, á pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado.

La primera cuestion que ha tenido la Comision que resolver es si el proyecto de ley deberá limitarse á la reforma del sistema hipotecario que viene en observancia, ó ser extensivo á asentar la propiedad territorial y todas sus desmembraciones y modificaciones en bases más seguras que las en que hoy descansa. Basta á la Comision leer la Exposicion de motivos que preceden al real decreto de 8 de Agosto, para comprender que la intencion del Gobierno se extendía tambien á este punto. Ni podía ser de otra manera: la condicion más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descanse, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se trascriben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito.

Así se ha comprendido entre nosotros en todos tiempos el sistema hipotecario, desde que D. Cárlos y Doña Juana, accediendo á las peticiones del Reino en las Cortes de Toledo, y adelantándose á lo que más de ciento treinta años despues ideó para Francia la inteligencia privilegiada de Colbert, allegaron en 1539 por primera vez materiales para la obra que ahora se trata de levantar sobre bases más sólidas. Entónces, con sabia prevision, plantearon el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislacion hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca. *Nos es fecha relacion*, decían los Reyes, *que se excusarian muchos pleitos sabiendo los que compran os censos y tributos que tienen las heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores.* Que a inscripcion, pues, ó trascripcion de la propiedad inmueble debe comprenderse en el proyecto, está fuera de duda: no sería reformar nuestra legislacion hipotecaria en sentido progresivo, sinó empeorarla, ó por mejor decir, anularla por completo, si se pres-

JURISPRUDENCIA

Las leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. XVI, lib. X,

cindiese de que la primera base de la ley fuera el registro de la propiedad.

Resuelto este primer punto, la Comision tenía que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debía adoptarse. Esto naturalmente le empeñó en el exámen del mérito relativo de los sistemas que hoy dividen á los pueblos y á los hombres de la ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luégo debió ser desechado por la Comision. Con él es incompatible el crédito territorial, porque equipara la condicion de la propiedad gravada con créditos superiores á su valor, á la propiedad libre de todo gravámen, y en último resultado desnaturaliza la hipoteca, haciendo que, en lugar de buscarse como garantía el crédito *real* del deudor, se prefiera más bien su crédito *personal*. Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado, por esto puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia. Partiendo este sistema del principio de las hipotecas privilegiadas y de las hipotecas generales, es injusto áun respecto á las comunes y especiales. La preferencia que se da al acreedor hipotecario más antiguo sobre el más moderno es una consecuencia lógica y natural del sistema de publicidad: en él el segundo acreedor conoce el derecho adquirido ántes por otro: sabe que éste ha de ser antepuesto; contrata con pleno conocimiento de la extension de sus derechos y de los demas que pueden concurrir á participar en su dia del valor de la propiedad hipotecada. Pero cuando las hipotecas son ocultas, esta preferencia es injustificable: todos han prestado á ciegas; las hipotecas anteriores les son desconocidas; cada uno se reputa bastante asegurado, y frecuentemente todos ménos uno son engañados, y á veces lo son todos, porque á ellos se antepone otro que tiene hipoteca legal privilegiada. Aun sin tan poderosas consideraciones, la Comision hubiera rechazado este sistema como fuente de estelionatos y causa de usuras inmoderadas, pues que el peligro que incesantemente corren los acreedores, suelen compensarlo con intereses exorbitantes.

No presenta tantos inconvenientes el sistema que, admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas, que sin necesidad de contrato especial, y sólo en beneficio de la ley, protegen los intereses de personas desvalidas, ó aseguran créditos á que el derecho presta especial amparo y garantía. Pero este sistema que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable, á juicio de la Comision. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspeccion de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, despues de asegurarse por el Registro de la propiedad de que sus garantías son buenas, despues de adquirir por el Registro de hipotecas la conviccion de que ningun otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal, desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene á frustrar sus cuidadosas investigaciones, á convertir un contrato calculado con toda prevision y prudencia en un juego de azar, y á privarle de su derecho.

Nov. Rec., que tratan del establecimiento de las antiguas Contadurías de Hipotecas para que constasen los gravámenes de las fincas, han caducado en virtud de la nueva ley Hipotecaria (Sent. 9 Abril 1866.)

La real órden de 11 de Febrero de 1847, re-

El sistema mixto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no da la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo; sistema de transaccion, no satisface á las necesidades para que se ha creado. No es esto discurrir sobre teorías; la experiencia lo ha puesto bien de realce en la larga serie de años que ha dominado en España: léjos de consultar de un modo conveniente al crédito territorial, ha dado lugar á que, por medio de artificios jurídicos buscaran los acreedores la seguridad que la ley no les ofrecia. Si en España no se ha publicado, como ha sucedido en el vecino Imperio, un libro sobre el peligro de prestar con hipoteca, puede asegurarse que hay muchos contratos que siendo en rigor, por la voluntad de los contrayentes, préstamos con hipoteca, se han otorgado como ventas con pacto de retro, originándose pérdidas considerables para el supuesto vendedor, y dándose lugar al escándalo de que, bajo el nombre de un contrato lícito, tenga fuerza el reprobado *pacto de comiso* en un préstamo con garantía. Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislacion en materia tan difícil, y el exámen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervencion, de las responsabilidades que en el órden de la familia puedan haber contraído, no alcanzan á poner al acreedor á cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos, ó desconocidos, y cuya existencia no puede sospechar ni la prevision más exquisita. Por esto la mayor parte de las naciones que, á imitacion de Francia, adoptaron este sistema mixto, lo han abandonado, y quizá no esté lejana la época en que quede tan desautorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos.

No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas.

Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comision cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que á él solo es imputable, al que, sin haberla cometido ni podido conocer, adquiera la finca gravada ó la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen á todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interes legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes. No son de temer en este sistema pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito.

Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comision, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislacion hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, más bien que á la persona, puede decirse que presta á la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa por que entra en la obligacion: el deudor es sólo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste á reintegrarle en su día de lo que dió. Su crédito no es un crédito *personal*, es un *crédito real;* no depende de la persona del deudor, no está sujeto á sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demas acreedores: está en el mismo caso que si hubiese señalado una parte del precio de la finca para el día que se hiciera el pago, y esto sin temor á privilegios de hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el Registro. Con la adopcion de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza, se activará la circulacion, bajará el interes del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad.

Mas este sistema que parece tan sencillo, y cuya adopcion se presenta á primera vista tan fácil como poco complicada, ha sido objeto de fuertísimas impugnaciones. La Comision, que las manifestará con franqueza, cree poder desvanecerlas.

Las hipotecas legales: hé aquí la primera, la capital dificultad que se opone á su sistema. *En nombre de la familia*, dicen sus contradictores, *os pedimos proteccion para la mujer y para los hijos: en nombre de la orfandad y de la desgracia, os pedimos piedad para el huérfano y para el incapacitado: en nombre de la justicia, os conjuramos á que á una cuestion de forma, á una solemnidad externa, no sacrifiquéis derechos que han sido respetados en todos los siglos; y en nombre de la santidad de las leyes, no deis á una omision más fuerza que al precepto soberano del legislador, cuando extiende su mano protectora á la mujer, al huérfano y al desvalido.* Necesario es que sea arraigada la conviccion de la Comision para sobreponerse á estas objeciones.

Desde luégo se advierte que los que invocan la subsistencia de las hipotecas legales se limitan sólo á las que pueden considerarse como más justificadas. Pero fuera de ellas, hay otras muchas en nuestras leyes á que nunca alcanzaría la piedad generosa de los impugnadores del sistema absoluto de publicidad.

La proteccion de las mujeres casadas, de los hijos, de los menores y de los incapacitados puede existir en igual y áun en mayor escala que en la actualidad, sin la hipoteca legal, tácita y general que le dan nuestras leyes. El ejemplo de Inglaterra bastaría á demostrarlo. Mas la Comision no aboga por la supresion de la hipoteca legal: se limita á proponer que desaparezcan las que no deben existir; y respecto á las demas, y entre ellas las que se

firiéndose únicamente á las Contadurías de Hipotecas no enajenadas, fijando las porciones que de sus productos habían de percibir el Tesoro público y sus servidores, no alteró el estado de las obligaciones y derechos entre los propietarios y servidores de las

---

refieren á la sociedad doméstica y á la proteccion de los desvalidos, cambia su forma, convirtiendo en hipotecas legales expresas las hipotecas legales tácitas, y dando á los intereses que deben proteger una garantía infinitamente superior á la escrita hoy en nuestras leyes. La Comision, léjos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no ménos respetables de los que con buena fe han adquirido el dominio ú otros derechos reales, los armoniza; no sacrifica á la felicidad de los préstamos hipotecarios un interes más grande, más moral, el interes de la familia y del Estado; al contrario, fortaleciendo estos intereses, que mira con veneracion, hace compatible con ellos el crédito territorial. Prefiere darles una proteccion verdadera á otra ménos real, aunque mayor en la apariencia: respetando derechos que están consignados en nuestra historia, en nuestras costumbres y en nuestros hábitos, no lleva su exageracion hasta el extremo de que absorban otros igualmente legítimos pero no quiere tampoco ver reducidos al marido y al tutor á la condicion tristísima de no poder enajenar sus bienes ni levantar préstamos sobre ellos, ó de hacerlo con condiciones onerosísimas, por la poca seguridad que prestan las hipotecas: procura evitar la ruína de los acreedores de buena fe, restringir el estelionato, multiplicar los recursos del propietario con la extension del crédito, y no convertir la proteccion justa que debe dispensarse al constituído bajo potestad ó tutela ó curaduría, en una injusticia escandalosa.

A estas consideraciones, que son generales, se agregan otras no ménos importantes con relacion á nuestra patria.

España es una nacion principalmente agricultora; y si en ella no ha prosperado la más antigua y la primera de las artes tanto como es de desear, débese á la falta de capitales. Estos buscan con preferencia otras empresas, ya por el aliciente de las mayores ganancias que producen, ya por la poca seguridad que inspira el estado actual de la propiedad rústica. En esta situacion, con el aumento rápido y progresivo de la riqueza pública, de la industria y del comercio, debe el legislador procurar por medios indirectos que los capitales no vayan todos á buscar las empresas mercantiles é industriales, sinó que tambien vengan en auxilio de la propiedad territorial y de la agricultura. Conveniente es que los capitales se distribuyan entre los diferentes ramos que, con beneficio general de los particulares y del Estado, puedan darles cómoda colocacion: es menester, por lo tanto, contrapesar la propension de los capitalistas á emplear sus fondos en las empresas de la primera clase porque les reportan más crecidos intereses y es más breve y fácil el reembolso, con la seguridad de la garantía en las segundas, poniendo la publicidad como una de las bases del sistema hipotecario.

Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro derecho las generales: si prevalece el principio de la Comision, quedarán desde luégo reformadas todas las leyes que las prescriben ó autorizan, y nada significará la cláusula de hipoteca general que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, como de hecho no lo ha significado desde la creacion de las Contadurías de hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite á los bienes presentes, y no se extienda, como es muy comun, á los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresion de la finca á que afecta y de la cantidad á que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad.

Aun sin esta consideracion, que en el sistema adoptado es decisiva, no hubiera dejado la Comision de suprimir las hipotecas generales, porque su misma extension las hace ilusorias. Por lo mismo que comprenden todos los bienes presentes y futuros del deudor, éste tiene que quedar en libertad de enajenarlos, y si lo hace con todos, desaparece la garantía, sin que haya derecho á reclamar contra el comprador, viniendo así á hacer nulo en realidad el derecho *en la cosa*, porque hipoteca que no sigue á la finca, cualquiera que sea su poseedor, no merece llamarse hipoteca.

Largos debates ha suscitado en la Comision la cuestion de las hipotecas judiciales. Nuestro antiguo Derecho escrito las admitía con más extension que la práctica vigente al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil. La vía de asentamiento, ese apremio contra los contumaces, que era una verdadera hipoteca judicial, había caído en desuso, porque, áun despues de pasar los términos prescritos para oir al rebelde que no acudía á los llamamientos judiciales, quedaba abierto la puerta al juício de propiedad por un tiempo ilimitado. A la vía de asentamiento había sustituído el procedimiento en rebeldía, ficcion legal en que se supone presente al que no lo está, en que se da vida á los estrados, considerándolos como imágen y representacion jurídica del contumaz, procedimiento que, si no tenía fórmula expresa en la ley, la encontró en el foro por la necesidad de hacer respetable la justicia.

La Comision que redactó la ley de Enjuiciamiento civil no se decidió exclusivamente por ninguno de los dos sistemas, creyendo que en ambos había principios aceptables. Partiendo de la prosecucion del pleito en estrados, autorizó al juez para que desde el momento en que se declara la rebeldía, pudiera, á instancia de parte, decretar, ademas de la retencion de los bienes muebles, el embargo de los inmuebles en cuanto fuera necesario para asegurar el éxito del juício; es decir, que constituyó una hipoteca judicial sobre la propiedad raíz, hipoteca que lleva consigo la prohibicion absoluta de vender, gravar ú obligar las propiedades sobre que recae. La misma ley establece otras hipotecas judiciales, siempre especiales y públicas, al tratar de la ejecucion de las sentencias, del embargo preventivo, del juício ejecutivo, del procedimiento de apremio; hipotecas que hoy son siempre necesarias, y que ántes sólo se exigían á peticion de los interesados, y áun en esto no era uniforme la práctica. Hay más: separándose la misma ley del Derecho antiguo, que, fundado en motivos históricos, establecía que la fianza dada por los tutores y curadores fuera personal, regla que, á pesar de ser una especie de anacronismo, atendidas las condiciones de la sociedad actual, había permanecido firme en la ley en medio del movimiento general de los tiempos modernos, ya que no lo estuviera siempre en la práctica, orde-

enajenadas (Sentencia 26 Setiembre 1868).

Únicamente son aplicables las disposiciones de la ley Hipotecaria y del Reglamento dictado para su ejecucion cuando se trata de dirigir reclamaciones contra terceros interesados (Sentencia 18 Noviembre 1868).

---

nó que la garantía con que se asegurasen los bienes de los menores y de los incapacitados fuera hipotecaria, y que el juez mismo la exigiera; es decir, que creó una hipoteca judicial, especial, diferente en su intension y efectos de la general tácita que por ministerio de la ley pesa aún sobre todos los bienes del tutor ó curador, hasta que, concluído su cargo y dadas cuentas y entregados los bienes y los alcances, quedan libres de las obligaciones que su cargo les impuso. Puede decirse en virtud de esto, que nuestro derecho novísimo ha propendido mucho á la constitucion de hipotecas judiciales, porque ha ordenado á los jueces que de oficio las exijan en muchos casos, y les ha dado una extension ántes desconocida. No puede decirse en verdad que la ley de Enjuiciamiento civil haya adoptado explícitamente el principio de que todas las hipotecas judiciales deban ser especiales y expresas: no podía adoptarlo, porque no era el lugar oportuno para hacerlo; pero al ménos, por lo que á ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comision proclama en este proyecto de ley como únicos para lo sucesivo. Tal es el giro que en los últimos tiempos han tomado las hipotecas judiciales, tanta su importancia, tanta la seguridad que prestan para que sean respetados los actos que garantizan. No corresponde á la Comision más que continuar la obra comenzada, la cual acabará de adquirir toda su perfeccion y complemento, formados que sean la ley de Enjuiciamiento criminal y el Código civil, y reformadas las leyes mercantiles, quedando así armonizado todo nuestro derecho.

Mas á poco que se consideren los distintos casos en que puede haber lugar á la hipoteca judicial, se observa que, si bien en algunos, como sucede en el de la tutela y curaduría, tiene un carácter en cierto modo permanente, siendo la aplicacion de una ley civil, casi siempre se constituye para que sea respetada la administracion de justicia, para evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecucion del fallo. Entónces su objeto sólo dura miéntras dura el juicio y se ejecuta la sentencia; puede así decirse, que más que á las leyes que deben comprenderse en el Código civil, se refiere á las de procedimientos; que las leyes que la establecen ó autorizan no crean un derecho verdadero, sinó que garantizan un derecho constituído al parecer, aunque controvertido, y que su carácter es tan transitorio como el peligro que se trata de evitar. Por esto la Comision, dando á la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que á la denominacion antigua de *hipoteca judicial* debía sustituír la de *anotacion preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecucion cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominacion á las inscripciones de los derechos reales, que aún no han llegado á su perfeccion, ni están consumados, ó que son eventuales ó transitorios, ó que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanacion ántes de ser inscritos definitivamente en los Registros. Esto cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico la adopta con el nombre de *prenotacion*.

El haber sido siempre y ser hoy entre nosotros especial la hipoteca judicial, liberta á la Comision de la necesidad de entrar en la cuestion á que en en otros países ha dado lugar la que se extiende sobre todos los bienes presentes y aún sobre los futuros. Al propósito de la Comision basta decir que, recayendo siempre la hipoteca judicial sobre un hecho real determinado por la inscripcion, cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial, ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto.

Si respecto á este punto tenía la Comision ya recientemente trazado su camino, y puede aún decirse que conforme á los principios del derecho secular, lo mismo sucede en lo concerniente á los efectos de la hipoteca judicial. No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado en ellas, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio, ni ha estado nunca escrito en nuestras leyes, ni ha sido introducido por la práctica.

Constituídas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, segun el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juício, no declaran ningun derecho, ni ménos convierten *en real* el que no tenía ántes semejante carácter: no puede decirse de ellas que son el premio de la carrera, como en otra nacion se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse á obtener la anotacion al afan con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos; no son un favor inmerecido que se da al acreedor más exigente: no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al juez agente de los litigantes, compeliéndolo á que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituído. La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juício, nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luégo una accion hipotecaria á favor de aquel que había obtenido la retencion, el embargo ó la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa miéntras estaba pendiente el litigio: el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter: sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla y de constituírse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores ó en una quiebra, los que han obtenido á su favor hipotecas judiciales de la clase de las á que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideracion un título de preferencia sobre los demas acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios.

Adoptando el proyecto estos mismos principios, da nueva vida á nuestro derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene á su favor una anotacion preventiva, cuyo objeto sea garantir las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan sobre el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á la anotacion. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exi-

La ley Hipotecaria no es aplicable á los contratos anteriores á la época de su observancia, segun lo ha declárado el Tribunal Supremo con especial referencia á sus artículos 114 y 147 (Sent. 26 Mayo 1877).

---

ga hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo á la via judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título. Si se estableciera otra regla, resultaría que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallaran en idéntico caso, sería de mejor condicion el más exigente, el que guardara ménos consideraciones, el que por mejores ó peores medios adquiriera noticias más exactas del verdadero estado en que se hallara la fortuna del deudor, el que tuviera un procurador más diligente. La Comision, atemperándose al antiguo derecho, ha creído que ninguna de estas causas debía serlo de preferencia.

No faltará tal vez quien, apoyándose en el ejemplo de otros pueblos, invocando la santidad de la cosa juzgada, ponderando el escándalo que resulta de que cuando existe una condenacion definitiva pueda el deudor vender los bienes inmuebles que posea y alzarse con su precio, ó gravarlos con cargas que ántes no tenían ó con hipotecas convencionales, viniendo de este modo á burlarse de la ley y de la ejecutoria, pretenda que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo irremisiblemente una hipoteca sobre los bienes del condenado; hipoteca que en el sistema de publicidad y especialidad adoptado por la Comision, debería convertirse en una inscripcion sobre bienes determinados. La Comision no lo reputa necesario, porque, segun el proyecto, no sólo el que ha vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga á su contrario á entregarle alguna cosa ó satisfacerle alguna cantidad determinada, sinó tambien el que ha pedido y conseguido un embargo, un secuestro ó una prohibicion de enajenar bienes inmuebles, ó la declaracion de incapacidad, de presuncion de muerte por ausencia, ó de interdiccion de una persona, pueden obtener la anotacion preventiva que los ponga á cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le da, impútese á sí mismo el perjuicio que su omision le origine. Esto, y sólo esto, es lo que exige la justicia, porque la autoridad de la cosa juzgada sólo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecucion de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento, sin perjuicio de otros que tengan igual ó mejor derecho; no en dar al vencedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencias sobre otros acreedores dignos de igual proteccion que el qué se anticipó á litigar, ó que obtuvo ántes una sentencia favorable. Lo que queda dicho respecto á las anotaciones preventivas que dimanan de actos judiciales para asegurar el éxito del juicio, es extensivo á las que pueden obtenerse tambien del Juez para evitar el abuso que en daño del acreedor pueda cometer el deudor de una cosa que posee ó de su estimacion.

No es ménos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extension que debe darse á los efectos de la falta de inscripcion de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse á los terceros interesados, ó comprender tambien en su rigor á los contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinion. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administracion para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no ha de predominar sobre el interes civil y sobre el interes social, ha de ser igual cuando ménos á ellos.

No es ésta la opinion de la Comision: sin negar que los Registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administracion en las árduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto á fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervencion directa en ellos á la Administracion, conduce irremediablemente á desconocer su carácter social, económico y civil, y á sacrificar lo principal á lo accesorio.

La Comision ha considerado ante todo en la cuestion propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo á ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripcion, deba ser de condicion mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega á cumplir el contrato celebrado ó pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando á la buena fe, á la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos á la traslacion de la propiedad y á sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestion es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por D. Cárlos y doña Juana, y seguido por D. Felipe II, por don Felipe V y por D. Cárlos III, de que la falta de inscripcion sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

Y aquí debe con franqueza exponer la Comision el gran cambio que acerca de este punto introduce el proyecto en los principios generales del derecho actual. Nuestras leyes, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera accion personal, pero que la propiedad y los demas derechos en la cosa, y por lo tanto las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradicion, ó lo que es lo mismo, de la posesion de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sinó aquel que tomó de ella posesion. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó tambien en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura pública para que el dominio ó el derecho real quede

Artículo 1883.—En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

1.° Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos *(a)*.

---

en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado en el Código civil frances. Separándose éste del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto tambien á graves inconvenientes: el de que la propiedad se trasmitiera, tanto respecto á los contrayentes como á un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde á la Comision apreciar este principio cuando se limita á los mismos contrayentes; no toca á la Ley de Hipotecas, al ménos bajo el punto de vista del proyecto, entrar en su exámen; lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interes de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el órden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Segun el sistema de la Comision, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demas derechos reales en tanto se considerarán constituídos ó traspasados, en cuanto conste su inscripcion en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripcion, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradicion, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesion, será dueño con relacion al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripcion.

Esta manera que tiene la Comision de considerar la Ley de Hipotecas, necesariamente había de conducirla á consignar como una de las bases capitales del proyecto que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspeccion de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada á decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que á derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo á nuestra legislacion política, estar subordinado á las autoridades del órden administrativo, á lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administracion activa. Y que ésta ha sido la intencion del Gobierno al encargar la formacion del proyecto, aparece claramente, tanto por emanar del expresado Ministerio las órdenes que al efecto se han comunicado, como por haberse confiado este trabajo á la Comision de Codificacion, y haber sido el Ministro de Gracia y Justicia el que en las Cortes presentó el proyecto de autorizacion en que se propuso ésta como una de sus bases. Ni se crea que por ello podrán ser perjudicados los intereses del Erario y defraudados los impuestos que sobre la comunicacion ó trasmision de la propiedad y de los demas derechos en las cosas inmuebles establecen ahora, ó en adelante establezcan las leyes: en tanto podrán hacerse inscripciones en los Registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripcion.

Los Registros vendrán de este modo á auxiliar la accion fiscal, pero sin ser absorbidos por ella.

Aunque la reforma fuese de eficacísimos resultados para el porvenir, no produciría desde luégo todos los que se apetecen, si no procurase que se arreglaran á su sistema los contratos y actos anteriores á ella. Esto lo hace, ya ofreciendo estímulos á la inscripcion, ya negando fuerza contra terceros á los títulos que en contravencion á las leyes anteriores dejaron de inscribirse, miéntras no se subsane el defecto, y entónces sólo desde la inscripcion. Con estas prescripciones, y con otras que se adoptan para el tránsito del antiguo al nuevo sistema, espera la Comision que si su proyecto llegase á ser ley, pronto se conocerán los felices resultados que se ha prometido el Gobierno al promover la reforma del derecho antiguo.

Por la misma causa ha creído la Comision que debía establecer reglas para libertar la propiedad de cargas que, aunque resultan de sus títulos sin que conste su redencion, han dejado á veces, por el trascurso de siglos, de afectar de hecho á las fincas sobre las cuales se impusieron. Léjos de perjudicarse con esto ningun derecho legítimo, todos son consultados, y sin producir vacilacion ni dudas en los que en realidad existen, se introduce la presuncion legal de que las fincas están libres de las cargas que ha anulado una prescripcion secular fortalecida con el silencio continuado de los que tenían facultad de reclamarlas, con la imposibilidad frecuente de saber si han sido redimidas, con haberse perdido la memoria de aquellos á cuyo favor estuvieron constituidas, y con no presentarse quien tenga á ellas derecho. Los medios de publicidad que para estas liberaciones se proponen, alejan hasta la sombra del fraude, y darán lugar á que muchos que tienen derechos que ignoran, y que probablemente perderían para siempre sin el procedimiento que se establece, puedan reclamarlos y entrar así en el disfrute de lo que ni siquiera imaginaban.

Los grandes cambios que en los principios de las leyes hipotecarias se introducen, hacen indispensable que el proyecto sea extenso y descienda á muchos pormenores, para que no pueda haber dudas acerca de lo antiguo que queda ó derogado, ó reformado, ó subsistente. La Comision, sin embargo, ha procurado no comprender en la ley más disposiciones que las que por su naturaleza corresponden á ella, y cree poder contestar satisfactoriamente á los que la censuren, ó por demasiado larga, ó por reglamentaria.

Si la legislacion hipotecaria estuviera comprendida en un Código civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del Código consagrado especialmente á las hipotecas, sinó que estarian diseminadas en toda la obra. Si existiendo un Código civil homogéneo en todas sus partes, se tratara, para completarlo, de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extension á la obra; en el Código civil se encontraría considerable número de las disposiciones á que se da cabida en el proyecto. Si, áun fuera de estos casos, la Comision adoptara los principios establecidos en nuestras leyes seculares, y respetando lo

2.° *Los títulos* en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitacion, enfitéusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales *(b)*.

3.° Los actos ó contratos en cuya vir-

---

que existe se limitara á desenvolver prácticamente las reglas escritas en nuestro antiguo derecho, sería tambien fundada la censura. Pero nada de esto sucede: el proyecto cambia profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislacion de hipotecas: casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto á ellas, sufren en mayor ó menor escala cambios importantes: el Derecho civil experimenta alteraciones trascendentales: apénas hay una de sus instituciones á que no afecte la innovacion: en el órden de la familia, á la sociedad conyugal y á la potestad paterna: en el de tutelas y curadurías, á las relaciones entre el menor ó incapacitado y los que están encargados de su guarda: en el de la propiedad y de los demas derechos en la cosa, á su adquisicion, su conservacion, su trasmision y sus modificaciones: en el de las sucesiones, al respeto á la voluntad del testador ó á la disposicion de las leyes: en el de contratos, á la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos.

Todo esto está íntimamente ligado con la ley de Hipotecas: á todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujetado á revision; todo ha sufrido grandes modificaciones. Y no son sólo las leyes puramente civiles las modificadas, aunque bajo esta denominacion se comprendan las prescripciones del Código de Comercio; lo son tambien las de procedimientos; porque es menester, para evitar que las sentencias sean eludidas, adoptar medidas de precaucion, conocidas actualmente con el nombre de hipotecas judiciales, que impidan la desaparicion de la cosa litigiosa y su enajenacion, ó que en perjuicio del acreedor demandante se constituya el deudor en insolvencia. Ni están ménos interesadas las leyes administrativas que, en justa proteccion á los intereses fiscales y comunes, crean á favor del Estado, de las provincias, de los pueblos y de los establecimientos públicos, hipotecas sobre los bienes de sus deudores; las que para precaver daños á la Administracion exigen garantías sobre los bienes inmuebles de los que con ella contratan; las que consideran afectas ante todo las propiedades al pago de los tributos no satisfechos oportunamente, y las que provienen de la gestion de los que han manejado caudales públicos.

A estas consideraciones, que por sí solas bastarían para justificar la extension de la ley, debe añadirse otra importantísima. El legislador, al hacer cambios, aunque no sean tan profundos como los que comprende el proyecto, debe ante todo respetar los derechos adquiridos, porque de otro modo su obra sería efímera y caería ante las justas reclamaciones de los perjudicados. Para hacer este tránsito sin violencia, conciliando todos los intereses, ha sido necesario descender á muchos pormenores. Puede considerarse esta parte del Proyecto como una ley distinta é independiente de la de hipotecas, que, léjos de tener como ésta un carácter de perpetuidad, es pasajera, porque se limita á salvar los derechos adquiridos á la sombra de la legislacion que concluye.

Sin embargo, conveniente es que forme un solo cuerpo con la ley que cambia el antiguo sistema hipotecario, para que en un mismo acto aparezca el legislador innovando el derecho y respetando los hechos que bajo la ley antigua se crearon, atendiendo á las nuevas exigencias de la sociedad, pero salvando al propio tiempo con cuidadoso afan y con veneracion religiosa los derechos que, sometidos imprudentemente á la innovacion, quedarían en realidad violados.

¿Y podrá ser la ley tachada con justicia de reglamentaria? La Comision no duda responder negativamente. No siempre es fácil fijar hasta dónde debe llegar la ley y dónde debe comenzar el reglamento, porque no lo es señalar con exactitud matemática los límites respectivos de los poderes legislativo y ejecutivo. Muchas veces se ha debatido esta cuestion en nuestro Parlamento; nunca ha dominado un principio que pueda considerarse generador de derecho en materia tan grave. En la práctica se ha visto descender algunas leyes, no sólo á pormenores que suelen tener carácter de estabilidad, bajo cuyo concepto caben muy bien en reglamentos, sinó á disposiciones meramente transitorias, y áun á algunas de mera ejecucion, que parecen más bien objeto de circulares ó de instrucciones para plantear la nueva ley. De aquí se infiere que en esto hay mucho de arbitrario, y que en cada caso el legislador, segun la mayor ó menor importancia que quiere dar á su obra, deja, ya más, ya ménos, á la aprobacion del poder ejecutivo.

Supuesto esto, y libre la Comision del temor de proponer una invasion peligrosa, ha podido seguir sus propias inspiraciones. Convencida profundamente de que todas las declaraciones que pueden atribuir, negar, aumentar ó disminuir derechos civiles, corresponden al legislador, ha huído de dejar al Gobierno atribuciones que en muchos puntos vendrían á hacerle árbitro de cuestiones graves en el terreno del derecho civil. Nada hay, de cuanto está escrito en el Proyecto, que más ó ménos inmediatamente no se refiera á la declaracion de derechos y á las garantías que se han creído indispensables para que la ley en su día sea bien entendida y aplicada.

Prescindiendo de estas importantes consideraciones, hay otras que han movido á la Comision. En su concepto, al poder legislativo toca exclusivamente dictar las reglas á que se quiere dar gran estabilidad, y que se dirigen á producir á veces efectos para larga serie de siglos. Estas prescripciones, que tienen cierto carácter de perpetuidad, exigen para su prestigio la sancion de la autoridad legislativa, que es la única que les imprime ese sello de respeto que hace que atraviesen de unas á otras generaciones, y que se mire como una profanacion el cambiarlas sin que esté sobradamente justificada la reforma. No debe quedar, en concepto de la Comision, al arbitrio del Gobierno nada que pueda debilitar la firmeza de los principios que se proclaman, ni áun con motivo de explicarlos, de aclararlos y de fijar su sentido verdadero. Las cuestiones á que puede dar lugar la ley (y las habrá sin duda), deben dejarse á los Tribunales para que las resuelvan, no por medidas generales que no caben dentro de sus atribuciones constitucionales, sinó aplicando la ley en los casos que ocurran y creando jurisprudencia, que es la mejor regla de interpretacion y el mejor suplemento del derecho escrito.

Una consideracion añadirá, por último, la Comision á las que deja expuestas. Había ya formado la

tud se adjudiquen á alguno bienes inmueble ó derechos reales, aunque sea con la obligacion de trasmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

4.° Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la

---

ley, é iba á hacer su revision última, cuando tuvo del Gobierno el encargo de preparar el reglamento para su ejecucion: suspendió entónces la revision definitiva del trabajo hecho, con el objeto de perfeccionarlo más, si en vista de las nuevas tareas á que iba á dedicarse y de las discusiones á que dieran lugar, apareciera la conveniencia de hacerlo. Teniendo entónces que descender á muchos pormenores de ejecucion, se convenció de que algunos de ellos afectaban más ó ménos directamente á derechos civiles; y por lo tanto, no debían comprenderse en el reglamento, sinó en la ley, como los comprendió, no encontrando uno sólo de los artículos de la ley que debiera pasar al reglamento.

Y esto se explica fácilmente, teniendo en cuenta que la ley tiene por objeto asegurar derechos; que al efecto requiere formalidades rigurosas; que la omision de estas solemnidades da lugar alguna vez hasta á la pena de nulidad; que esta pena lleva envuelta la pérdida de un derecho civil, y por lo tanto que todo esto debe ser obra de la ley, y no de un reglamento administrativo. La Comision puede haberse equivocado en alguna de sus apreciaciones; pero no será por falta de estudio y de discusiones detenidas.

Expuestos los motivos capitales del proyecto, pasa la Comision á los especiales en las diversas partes del mismo.

PUEBLOS EN QUE DEBEN ESTABLECERSE LOS REGISTROS.—Nada hay que justifique variar respecto á los pueblos en que han de establecerse los nuevos Registros, lo que ya de antiguo se halla dispuesto. Cuando hace más de tres siglos se crearon los oficios de hipotecas, se ordenó que los hubiese en las ciudades, villas ó lugares *donde hubiera cabeza de jurisdiccion*: posteriormente el Sr. D. Cárlos III fijó más el antiguo precepto, mandando que se establecieran en los pueblos cabezas de partido, que es lo que se viene observando hasta nuestros dias. Parecerá tal vez á algunos excesivo el número de Registros de hipotecas, y querrían en su lugar que existieran sólo en las capitales de provincia, ó quizá que se limitaran á aquellas en que se hallan establecidos los Tribunales superiores. La conveniencia de reducir el número de Registros, la facilidad de vigilarlos y de elegir las personas más idóneas para su desempeño, son los argumentos que pueden oponerse al sistema adoptado. La Comision, sin embargo, no ha dudado en desechar toda innovacion respecto á este punto: ha creído que lo que principalmente debe tenerse en cuenta es la facilidad de los que hayan de hacer las inscripciones. Alejar los Registros de los que han de acudir á ellos, equivale frecuentemente, y con especialidad cuando es corto el valor de las fincas, á hacerlos inaccesibles.

No por esto dejarán de estar encomendados á personas capaces de comprender en toda su extension los deberes que la ley les impone, ni de estar bajo una vigilancia contínua y eficaz: las disposiciones que al efecto establece el proyecto satisfacen cumplidamente estas necesidades.

TÍTULOS SUJETOS Á INSCRIPCION.—Despues de expresar, en los términos que ha creído más á propósito, los títulos, actos y contratos que deben sujetarse á la inscripcion por ser traslativos de dominio, ó constitutivos de un derecho real, ha añadido la Comision algunos otros documentos cuya inscripcion ha considerado no ménos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los Tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes, ó se impone la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto á la libre disposicion de los bienes. Esta prescripcion es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código civil; pero su simple enunciacion la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es ademas necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta, y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.

Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados á una obligacion personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal, está obligado á respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos á que suelen comprometer á los arrendatarios, y la proteccion debida á la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo, contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razon en los Registros de hipotecas. Y es que cuando esto acontece, toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad á lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligacion de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan.

La Comision no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real.

No tiene esto nada de comun con la inscripcion de los arriendos y subarriendos de los bienes inmuebles que por la legislacion fiscal se han introducido, ya para hacer efectivos los impuestos sobre los arrendamientos, ya despues de suprimidos los impuestos como un medio para perfeccionar la estadística de la riqueza raíz, y conseguir un repartimiento más equitativo de las contribuciones. Segun queda manifestado, ni una ni otra consideracion cabían en el proyecto, si la Comision había de ser consecuente con los principios que proclama.

Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripcion los títulos cuya autenticidad aparecía desde luégo: los documentos privados no solían admitirse en los

presuncion de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposicion de sus bienes (c).

5.° Los contratos de arrendamiento de

Registros. Cambiar en este punto, y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condicion de la propiedad y del crédito territorial; no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la Comision, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código civil, propone que sólo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias ó en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno ó por sus agentes.

Otra cuestion importante y nueva en nuestra patria debía resolver la Comision, á saber : si han de ser inscritos los documentos ó títulos otorgados en el extranjero, que, á haberse celebrado en España, estarían sujetos á la inscripcion. No puede en nuestros días el legislador desentenderse del derecho internacional privado, que, ménos importante en otros tiempos, hoy, gracias al aumento de las comunicaciones siempre crecientes entre todos los pueblos civilizados, á los enlaces de familias extranjeras con nacionales, á la multiplicacion de las empresas industriales y agrícolas, y al cosmopolitismo, si así puede decirse, de la edad presente, no debe pasar olvidado, como tampoco quedar en incierto los intereses que protege. La soberanía del legislador está en verdad limitada por las fronteras: este principio, que no obsta á que los extranjeros entren, pasen y se establezcan en el territorio de una nacion que no es la suya, á que ejerzan en ella su industria ó su comercio, á que adquieran bienes, y á que sucedan, ya en virtud de disposicion testamentaria, ya por llamamientos de la ley, con subordinacion siempre á las restricciones que en cada caso se hallan establecidas por las legislaciones especiales de cada pueblo, está limitado por razones de conveniencia universal de todas las naciones. El derecho escrito es en verdad escaso por doquiera en disposiciones referentes á las personas, á los bienes y actos de los regnícolas en el extranjero y de los extranjeros en el reino; pero motivos de utilidad que ninguna nacion ha desconocido, han hecho que en cada Estado se dé á las leyes extranjeras efectos más ó ménos extensos; efectos que, escritos pocas veces en las leyes, han venido á formar, con la repeticion de actos, la jurisprudencia de los Tribunales.

Los principios de este derecho internacional, formulados por ilustres escritores, desenvueltos en gran parte por la práctica judicial, sancionados, aunque en menor escala, por algunos tratados entre las diferentes potencias de Europa y de América, y comenzados á escribir con timidez y concision en las leyes, van ya formando un derecho consuetudinario, que más pronto ó más tarde concluirá por dominar en todas las naciones civilizadas. No será España la que más tarde en entrar en este camino: la historia de lo pasado es el pronóstico para lo futuro.

Cuando nuestra patria estaba fraccionada en pequeñas monarquías, y estas monarquías lo estaban por los estatutos, ya provinciales, ya municipales, por los fueros y por las costumbres; cuando en medio de este desconcierto general se empezaba á sentir la necesidad de fijar reglas para los conflictos ocasionados por dos ó más legislaciones diversas, pero que la ciencia no había comprendido áun esta necesidad; cuando los grandes jurisconsultos de la escuela de Bolonia, sin conocer el vacío, dejaban al siglo siguiente y á Baldo y á Bártolo la gloria de llevar la primera piedra á la ciencia del Derecho internacional privado, D. Alfonso X, adelantándose á su época, fijaba como legislador los principios que hoy prevalecen en Europa.

Al renacer en España en este siglo el espíritu codificador que animó al Rey Sabio, las mismas han sido sus tendencias. En diferentes disposiciones del Gobierno, en el proyecto de Código civil, en la Ley vigente de Enjuiciamiento para los negocios civiles, ha predominado la idea de escribir en las leyes los principios que recomienda la ciencia y que van siendo práctica general de las naciones.

Fiel la Comision á estos antecedentes, que tiene tambien muy en cuenta en el proyecto de ley de Enjuiciamiento criminal, en cuya redaccion se ocupa, no ha creído que debía prescindir de ellos en la de hipotecas. Por esto propone que los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros, á que, segun lo prescrito en la ley de Enjuiciamiento civil, deba darse cumplimiento en España, se inscriban en el Registro correspondiente, siempre que debieran inscribirse los mismos documentos si contuvieran actos celebrados ó sentencias pronunciadas en el Reino. La Comision confía en que si su propuesta merece la aprobacion del Gobierno, resultará de ello el mismo ó quizá mayor beneficio á los nacionales que á los extranjeros. De otro modo, todos los actos de comunicacion ó de trasmision de la propiedad ó de constitucion de un derecho real, verificados en el extranjero por extranjeros ó regnícolas, que se refieran á bienes sitos en España, aunque con arreglo á nuestras leyes fueran aquí válidos, no podrían inscribirse, ni aparecerían tampoco en el Registro las incapacidades para enajenar, que obrando dentro de sus atribuciones y derechos indisputables, impusieran los Tribunales extranjeros, conforme á las reglas del *estatuto personal*, por el que se gradúa la capacidad civil de las personas, á súbditos suyos que tuvieran en nuestro país bienes inmuebles, que siempre son regidos por el *estatuto real*, ó lo que es lo mismo, por la ley del suelo en que se hallan.

BIENES QUE SE REPUTAN INMUEBLES PARA LOS EFECTOS DE LA LEY.—No corresponde á la Ley de Hipotecas definir y clasificar las diferentes clases de bienes que comprende, por regla general, la division de éstos en muebles y raíces. Pero no podía desentenderse la Comision de resolver algunas dudas con que en la práctica vendría á tropezarse: ésta es la causa por qué debe dar algunas explicaciones. Sabido es que los oficios públicos enajenados de la Corona se equiparaban en la práctica á los bienes raíces, que sobre ellos se imponían censos, y que se los gravaba con hipotecas á ciencia y paciencia del legislador. Esto, que en los tiempos en que dominaban otras ideas no parecía extraño, en la actualidad sería un anacronismo. Cuando está universalmente reconocida la necesidad de que vuelvan al Estado todos los oficios públicos; cuando ya muchos de estos oficios han revertido á él; cuando para la supre-

bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban.

6.° Los títulos de adquisicion de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las corporaciones civiles ó eclesiásticas, con sujecion á lo establecido en las leyes ó reglamentos (*d*).

ORÍGENES

Art. 2.°, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La ley 3.ª, tít. VIII, lib. X, de la Novísima Recopilacion, aunque prohibe que sean admitidos y se dé fe en juicio á los documentos que carecen de la inscripcion en el Registro de hipotecas, debiendo sujetarse á ella, no impide que pueda subsanarse el defecto (Sent. 17 Setiembre 1864).

La falta de registro de una escritura en el oficio de hipotecas en nada influye para la validez de lo estipulado en ella, cuando no se trata de perseguir una hipoteca, ó de averiguar si está gravada la finca en dicho instrumento (Sent. 5 Mayo 1865).

Si bien en el art. 4.° del real decreto de 23 de Mayo de 1845 se declara nulo todo título ó documento que, estando sujeto al Registro de hipoteca, aparece sin la nota correspondiente de estar registrado, esta disposicion debe combinarse con el art. 8.° del real decreto de 26 de Noviembre de 1852, que señala el plazo de quince días para la presentacion al Registro de los documentos de herencia, contado desde la fecha de la adjudicacion, si no interviniese la autoridad judicial, y desde la aprobacion de la cuenta y particion si interviniese (Sentencia 11 Mayo 1865).

La falta de registro de una escritura, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en nada influye para la validez y efectos del convenio que de la misma escritura resulte haberse celebrado (Sent. 29 Setiembre 1865).

La inscripcion en el Registro de propiedad no es un modo de adquirir el dominio de las cosas, ni necesaria para ejercitar la accion de desahucio contra un inquilino (Sent. 9 Abril 1866).

Cuando, hecho el remate de una casa en pública subasta, y pagado su importe, declara el rematante que lo ha verificado para otra persona, pidiendo que se extienda la escritura en nombre de ella, no hace una traslacion de dominio, ni requiere la inscripcion de dicho acto en el Registro de la propiedad (Sent. 9 Abril 1866).

Tomada razon en el oficio de hipotecas de los documentos en que se funde un derecho y pagado la multa por morosidad en inscribirlos, queda purgado el vicio de nulidad que las disposiciones fiscales imponen á los que carecen de este requisito (Sent. 6 Noviembre 1866).

---

sion de otros pende sólo la cuestion del modo de indemnizar á sus dueños; cuando ya hay presentados á las Córtes proyectos de la ley proponiendo la reversion de los que aún subsisten, no parece propio de una ley nueva dar cabida á abusos injustificables, que partían de la ficcion de que el desempeño de un oficio público era igual al derecho de propiedad en una finca, y que debía ser igualado á él en los efectos: unida esta consideracion á la conveniencia de no aumentar las dificultades para la reversion de estos oficios á la Corona, de la que con tanto perjuicio del país fueron desmembrados, ha movido á la Comision á proponer que, para los efectos de la ley, no se consideren tales oficios como bienes inmuebles.

Menor dificultad se presenta respecto de las inscripciones de la Deuda pública, acciones de Bancos y de compañías mercantiles. Desde luégo aparece que cuando estos títulos ó acciones son al portador, no pueden ser objeto de inscripcion, porque tampoco lo son de endoso: en el terreno del derecho constituyente, parece que debe reputarse como dueño el que las posee y presenta, si las ha adquirido en forma legal, y su carácter distintivo está en que inmediatamente que se adquieran su propiedad quede prescrita de derecho, impidiendo que sobre ella pueda reclamarse. Los títulos ó acciones nominativas no están á la verdad en el mismo caso; sólo el que legítimamente las adquiere del que es su dueño, tiene el verdadero dominio de ellas; y como á veces son la representacion de derechos en bienes inmuebles, podría dudarse si realmente les correspondía esta clasificacion. La Comision ha creído que la índole de las sociedades por acciones se opone á darles semejante carácter; cualesquiera que sean los objetos de las asociaciones, el carácter comercial prevalece en ellas: aglomerar las formalidades para su trasmision, es desnaturalizarlas. Podrán poseer bienes inmuebles; pero aunque por ser éstos de la sociedad son de todos los socios en comun, no puede en rigor decirse que están representados por las acciones: las acciones sólo representan una parte alícuota de todo el capital social, sin determinacion de los bienes en que consiste, ya sean raíces, ya muebles, ya cosas incorporales.

La falta de inscripcion en el Registro de la propiedad, ó anotacion previa de un título traslativo de dominio, sólo lo vicia en cuanto perjudica intereses de tercero (Sent. 1.° Junio 1868).

Si bien á virtud de un testamento válido y eficaz puede el heredero instituido inscribir á su favor en el Registro de la propiedad los bienes inmuebles y derechos reales que aparezcan pertenecer al testador en la época de su fallecimiento, esto no puede tener lugar cuando se litiga acerca de la validez ó nulidad del testamento (Sent. 28 Diciembre 1868).

El valor de los documentos hipotecarios anteriores á la promulgacion de la ley Hipotecaria vigente, hay que estimarlos con arreglo á la legislacion del tiempo en que se otorgaron (Sent. 16 Marzo 1869).

Por el artículo 1.° de la ley 3.ª, tít. XVI, libro X, Nov. Rec., se previene que se tome razon precisamente en los Registros de hipotecas de todos los instrumentos que la contengan especial y expresa, y que sin esta circunstancia no hagan fe en juicio ni fuera de él para perseguirla, sin exigirse igual requisito para las hipotecas generales (Sent. 16 Marzo 1869).

La sentencia que absuelve de la demanda considerando ser ineficaz un documento base de la misma, por carecer del Registro en el oficio de hipotecas, cuando por ley está sujeto á esta formalidad, no es ejecutoria, puesto que nada decide respeto á los derechos de los litigantes (Sent. 27 Diciembre 1869).

El núm. 1.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, que previene se inscriban en el Registro los títulos traslativos de dominio de los inmuebles, no declara la nulidad de los que no se inscriban, sinó que limita sus preceptos á salvar los derechos de tercero, pero dejando vivas las obligaciones entre quienes las hayan contraído (Sentencia 16 Noviembre 1870).

Al establecer uno de los considerandos de la sentencia dictada en un pleito de reclamacion de prestaciones, que unas escrituras de reconocimiento ó cabrevacion del año 1777 no se hallaban inscritas en el Registro de la propiedad ni habían sido cotejadas con sus originales, no las niegan el valor y eficacia que puedan tener, ni contraría la jurisprudencia vigente en Cataluña, sobre que un solo reconocimiento sirve de prueba al señor directo contra el enfitéuta que lo ejecutó y los que de él tienen derecho: porque tratándose de una demanda petitoria ó de propiedad, ningun documento que se lleve á juicio, háyase ó no cotejado, si no se halla inscrito en el Registro, no puede perjudicar á tercero, quedando, por tanto, los expresados reconocimientos en la categoría de obligaciones personales, muy anteriores á las leyes que devolvieron á la Corona los señoríos jurisdiccionales (Sent. 7 Marzo 1871).

Cuando por virtud del contrato de compraventa con el pacto de retro consignado en escritura y de la inscripcion de éste en el Registro, se traslada el dominio de una finca, y esta traslacion de dominio, pendiente en un principio del retracto convenido, se hace definitiva por terminar el plazo señalado ántes de la muerte del vendedor, con arreglo á las notas marginales puestas en los documentos registrados, sin que en el Registro resulte otro asiento que los contraríe ni modifique, dichas fincas no deben reputarse como del caudal sujeto á la testamentaría del vendedor (Sentencia 3 Enero 1872).

Se infringen la ley 3.ª, tít. XVI, lib. X, Novísima Recopilacion, y la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, segun las cuales las escrituras hipotecarias que no hayan sido registradas, si bien carecen de eficacia para perseguir las cosas hipotecadas, tienen, sin embargo, fuerza y valor legal en cuanto á los demas pactos que hubiesen convenido los otorgantes cuando se las niega dicho valor, á pesar de no tratarse de perseguir bienes hipotecados, sinó del derecho preferente entre dos acreedores para cobrarse en los frutos y rentas de esos bienes, y sobre todo cuando una de dichas escrituras estaba registrada (Sent. 21 Noviembre 1872).

Segun el art. 2.° de la ley Hipotecaria, deben inscribirse en el Registro de la propiedad los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligacion de trasmitirlos á otros ó de invertir su importe en objetos determinados (Sent. 26 Abril 1871).

Para que un contrato de arriendo pueda perjudicar á tercero, es requisito esencial que se halle inscrito en el Registro de la propiedad (Sent. 28 Abril 1870).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

(a) Las paneras, ya estén sostenidas por piés de piedra ó de madera, se consideran *muebles*, y la inscripcion debe, por lo tanto, limitarse al solar y habitaciones ú obras in-

muebles que se hallen bajo de ellas (Res. Direccion Gen. 7 Agosto 1863).

La escritura en que el dueño primitivo enajena el derecho que tiene sobre la finca, es inscribible, previo el pago de derechos á la Hacienda, porque, si carece del dominio absoluto, puede, en cambio, disponer del limitado (Resolucion Dir. Gen. 17 Junio 1864).

Las comunidades religiosas pueden constituír ó adquirir créditos hipotecarios, segun sentencia de 13 de Setiembre de 1867: y los actos ó contratos que otorguen, surten plenos efectos en el órden civil, siempre que hayan sido autorizados por quien tiene la representacion natural y legítima de la comunidad religiosa á cuyo nombre se otorgan, aunque no conste haberse obtenido licencia superior (Res. Direccion Gen. 25 Agosto 1871).

Si bien es doctrina consignada por esta Direccion al resolver varios recursos (véase la Res. Dir. de 25 Setiembre de 1873, al pié del art. 20 de la ley Hipotecaria) gubernativos, deducida del espíritu de las leyes Hipotecaria y del Matrimonio, que el padre no puede trasmitir el dominio de los bienes inscritos en el Registro como de la propiedad de sus hijos, de esta doctrina no se deduce que tales bienes sean absolutamente inalienables. Uno de los casos en que procede la enajenacion de los bienes raíces del peculio de los hijos no emancipados es cuando la autoridad judicial, á instancia de un acreedor de éstos, y en el correspondiente juício ejecutivo, decreta el embargo y venta en pública subasta de los bienes del hijo de familia para el pago de los créditos que se halla obligado á satisfacer. La calificacion de legitimidad de los créditos corresponde á la autoridad judicial, y no al Registrador (Resolucion Dir. Gen. 14 Julio 1875).

Sea cualquiera la causa que exista para la enajenacion de bienes de menores, se han de observar las formalidades de la ley, y especialmente la autorizacion judicial, á la que debe preceder la demostracion de necesidad legal ó material de dicha enajenacion. La licencia concedida por el marido á la mujer menor para enajenar bienes de su propiedad, no puede reputarse bastante sin que la preste su consentimiento, y precediendo ademas las formalidades legales (Res. Dir. Gen. 14 Enero 1876).

Los testamentos deben regirse por las leyes que fijan la capacidad del testador y señalan las formalidades de los mismos, aunque en ellos se disponga de bienes inmuebles situados en territorios donde no se hallen vigentes aquellas leyes. En su consecuencia, el testamento otorgado por un vecino de Barcelona, así como todas las mandas, legados y demas disposiciones contenidas en dicho documento, deben regirse por la legislacion civil vigente en la expresada ciudad. Con arreglo á la misma, el testador puede disponer de su patrimonio con entera libertad, salvo la legítima para los ascendientes ó descendientes, que consiste en la cuarta parte de todos los bienes del difunto, quedando á eleccion del heredero pagarla en metálico ó bienes inmuebles de caudal relicto, conforme al contenido del art. 94 de las Cortes generales de Monzon de 1585 (Res. Direccion Gen. 28 Abril 1876).

Conforme á la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el art. 1.º de su Reglamento, son inscribibles las adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, hechas por inmediatos sucesores á los mismos, y todos los demas actos y contratos que, sin tener nombre propio en derecho, modifican desde luégo y en lo futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales (Res. Dir. Gen. 20 Diciembre 1877).

Habiendo instituído el testador por heredera suya á su alma y representándola para los efectos legales, segun la doctrina de esta Direccion, el ejecutor ó cumplidor testamentario, es procedente la inscripcion de los bienes del difunto á nombre del ejecutor que ademas reune el carácter más universal de fiduciario ó fideicomisario, como el testador vulgarmente lo nombra, sin trabas ni limitaciones de ninguna especie. Sin perjuicio de dicha inscripcion respecto de los bienes que no han sido objeto de mandato ó legado especial, pueden inscribirse desde luégo á nombre de las respectivas personas favorecidas por el testador, las fincas que éste les ha legado concreta y determinadamente desde el momento en que consta la aceptacion de las mismas, verificada expresa ó tácitamente, y la entrega de los bienes formalizada por la persona que representa al heredero (Res. Dir. Gen. 30 Abril 1878).

(b) Los contratos en que se adquiere, trasmite ó impone el derecho de aprovecharse por cualquier concepto de las aguas que nacen de una finca ó en ella existen, modifican desde luégo ó en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre los bienes inmuebles, y están, por lo tanto, comprendidos en la disposi-

cion del art. 2.° (Res. Dir. Gen. 27 Enero 1864).

La providencia favorable recaida en un interdicto de adquirir es documento inscribible, puesto que reconoce un derecho *in re*, habiendo sido preciso para dictarla, que el interesado haya acreditado que ningun otro posee á título de dueño ó usufructuario los bienes de que se trata, legados en testamento (Res. Dir. Gen. 30 Noviembre 1871).

La negativa del registrador á inscribir el legado del censo es improcedente, en cuanto impide al legatario hacer constar en los libros del Registro la trasmision del dominio de la cosa legada, verificada bajo condicion suspensiva, porque, prescindiendo de los efectos jurídicos que pueda producir esta condicion impuesta por el testador, y de su validez ó nulidad, lo cual corresponde decidir y resolver á los Tribunales, en el supuesto de que sea válida y eficaz aquella condicion, resulta una traslacion de dominio bajo condicion suspensiva, la cual es inscribible con arreglo á la doctrina consignada en los artículos 2.° 16 y 17 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 20 Febrero 1875).

Segun los artículos 25 y28 de la ley de Aguas de 1866, las concesiones otorgadas por el Gobierno, de terrenos en la playa para levantar edificios de baños permanentes deben reputarse definitivas, y en este sentido son inscribibles en el Registro, con arreglo al art. 1.° del Reglamento para la ejecucion de la ley Hipotecaria. La concesion otorgada es definitiva con arreglo á dicha doctrina, sin que pierda este carácter por haber insertado en ella, como otra de las condiciones de la concesion, el contenido literal del art. 21 de la mencionada ley de Aguas, porque el único efecto que produce esta condicion es el de sujetar á esta causa de revocacion el derecho del concesionario. Tambien es inscribible en concepto de inmueble el edificio construído por el concesionario, áun cuando sea de madera, siempre que esté fijo ó adherido al suelo y no pueda trasladarse de un lugar á otro sin deshacerlo, porque el derecho adquirido por el que levanta el edificio con autorizacion del dueño del solar es un verdadero derecho real, susceptible de hipoteca, cualesquiera que sean los pactos ó convenios celebrados entre aquellas personas, conforme á la doctrina del art. 101, número 1.° de la ley Hipotecaria. La inscripcion del terreno que, perteneciendo á la Nacion, ha concedido el Gobierno, debe inscribirse con arreglo á lo dispuesto en el art. 2.° de la ley Hipotecaria y de l 4.° del real decreto de 11 de Noviembre de 1864, por cuanto dicho terreno ha entrado en el dominio particular del Estado miéntras dure la concesion, sin que pueda ofrecer duda la determinacion del inmueble, porque del acta levantada por el ingeniero resultan la situacion, medida y linderos en el modo que permiten esta clase de bienes inmuebles (Resolucion Dir. Gen. 23 Marzo 1875).

Limitado el derecho de un marido, despues de fallecida su esposa, á disponer de la mitad de los bienes comunes al matrimonio, la constitucion de hipoteca sobre la restante mitad sin la concurrencia de los herederos ó causa-habientes de su consorte, es nula, conforme á la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Enero de 1874, cuya nulidad parcial no implica la de la obligacion hipotecaria consignada en la escritura respecto de la mitad perteneciente al otorgante (Res. Dir. Gen. 8 de Enero de 1878).

Tratándose de la inscripcion de bienes adquiridos en virtud de actos de última voluntad, debe presentarse en primer término el testamento otorgado por el dueño de los mismos bienes con la partida de defuncion, por ser estos documentos los esenciales para verificar la mencionada inscripcion, y en segundo lugar los complementarios ó accesorios de aquéllos, como lo es en este caso la escritura de declaracion de bienes otorgada por el usufructuario. Este último documento es inscribible en el concepto de supletorio ó complementario, á pesar de no haber concurrido á su otorgamiento los herederos propietarios (Res. Dir. Gen. 14 Febrero 1878).

Segun la doctrina fundamental de la ley Hipotecaria, consignada en el párrafo 2.° del art. 2.° de la misma, son inscribibles en el Registro de la propiedad todos los títulos en que se reconocen ó declaran cualesquiera derechos de naturaleza real relativos á los bienes raíces. Al único efecto de evitar dudas acerca de los derechos que tienen el carácter de reales, declaró el artículo 1.° del Reglamento que no sólo merecen este nombre los usufructos, etc., que por ser de antiguo conocidos cita la ley Hipotecaria, sinó ademas los otros, relativos á derechos de la misma índole, como adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, cuya enumeracion no tiene el carácter de limitativa, sinó aclaratoria del precepto legal consignado en la ley. Con arreglo á esta doctrina, es evidente que el derecho concedido por la legislacion vigente de minas á todo propietario de tierras, para explotar las sustan-

cias útiles del reino mineral que se encuentran en el interior ó en la superficie del terreno de su pertenencia, y se hallan comprendidos entre los designados en los artículos 2.° y 3.° del Decreto de 29 de Diciembre de 1869, es un derecho de naturaleza real, de índole semejante á los designados por vía de ejemplo en los artículos 2.° de la ley Hipotecaria y 1.° de su Reglamento, pudiendo en su consecuencia ser inscrito. Lo mandado en la Real órden por la cual se reconoció el derecho de explotacion, constituye un título declarativo de dicho derecho real, que es inscribible por hallarse consignado en documento auténtico expedido por el Gobierno (Res. Dir. Gen. 8 Julio 1878).

No puede estimarse como una verdadera finca, para los efectos del Registro, la cantidad de agua procedente de un manantial con destino al riego. Para que fuera inscribible esta adquisicion sería preciso que fuese un derecho real constituído sobre ó en favor de una finca determinada y en virtud de la que se hiciere la inscripcion de la misma con arreglo á la ley Hipotecaria y su Reglamento, y por consiguiente, si en la escritura no se calificó la naturaleza jurídica del derecho adquirido por el comprador, ni se describe el inmueble sobre que éste se constituye, en el caso de ser real, ni la finca en cuyo beneficio ha de utilizarse, no puede hacerse la inscripcion, porque estas omisiones constituyen otras tantas faltas en las formas extrínsecas de aquel documento (Res. Dir. Gen. 6 Junio 1880).

(c) Segun la ley Hipotecaria y su Reglamento, las declaraciones y mandatos judiciales, por los que se priva á una persona total ó parcialmente de la libre disposicion de sus bienes, sólo son inscribibles en los casos y con los requisitos que dicha ley y Reglamento tienen taxativamente señalados (Res. Dir. Gen. 7 Noviembre 1879).

(d) Los terrenos destinados á la vía pública no han de ser objeto de inscripcion sinó en el caso de que el Ayuntamiento trate de enajenarlos en todo ó en parte (Res. Dir. Gen. 27 Febrero 1864).

El principio general consignado en el art. 20 de que el hallarse inscrito un inmueble á favor de persona distinta de la que trasfiera ó grave es motivo bastante para negar la inscripcion, debe tambien aplicarse al Estado, la provincia, el municipio y todas las corporaciones civiles ó eclesiásticas, como demuestran el art. 2.° de la ley, y el 1.° del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, porque así se evita el inconveniente que naceria de hallarse inscrito el dominio á favor de una persona jurídica distinta del Estado, y se cumple el requisito impuesto á todo el que trasfiera un inmueble ó derecho real, de acreditar la adquisicion del dominio ántes del 1.° de Enero de 1863, ó de tenerle inscrito á favor de su causante (Res. Direccion Gen. 7 Diciembre 1875).

Segun el art. 8.° del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, puede inscribirse la posesion á favor del Estado de los inmuebles que le pertenezcan, en virtud de certificacion expedida por el jefe de la dependencia á cuyo cargo esté la administracion ó custodia de la finca que haya de inscribirse, siempre que por su cargo ejerza autoridad pública ó tenga facultad de certificar. La certificacion librada por el ingeniero jefe de montes con referencia á documentos oficiales que obran en su poder, es documento inscribible, porque está expedido con arreglo á su Reglamento por el jefe de la dependencia que tiene á su cargo la conservacion, policía y vigilancia, ó sea la custodia de los montes que han de inscribirse, ejerciendo dicho jefe autoridad pública en el servicio facultativo y administrativo confiado á su cuidado, con facultad ademas de certificar de los hechos y documentos que consten en su oficina, segun ha declarado el Ministerio de Fomento en Real órden comunicada á Gracia y Justicia, de fecha 16 de Mayo de 1877, fijando el sentido de la legislacion vigente sobre la facultad de los ingenieros jefes de provincia (Res. Dir. Gen. 2 Octubre 1877).

La ejecutoria recaída en pleito en que se ejercita el dominio, constituye por sí sola un título inscribible, como disponen los números 1.° y 3.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, no sólo porque la absolucion de la demanda, como tiene declarado el Tribunal Supremo, decide todas las cuestiones suscitadas en el litigio, una de las cuales es el dominio, sinó porque contiene ademas derechos cuyo reconocimiento se impone al demandado como consecuencia del mismo dominio.

Constituyendo la sentencia un título declarativo del dominio y del derecho de utilizar los productos que corresponde á los ayuntamientos por títulos de fecha anterior á 1869, es innecesaria la presentacion é inscripcion de estos títulos, siendo bastante el declarativo de la sentencia que lo afirma, sin que pueda invocarse el art. 6.° del Reglamento, pues éste no tiene otro objeto que determinar la forma de la inscripcion (Res. Dir. Gen. 19 Marzo 1879.)

Artículo 1884.—Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico, expedido por autoridad judicial, ó por el Gobierno ó sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos.

ORÍGENES

Art. 3.º, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El núm. 3.º de la instruccion inserta en la ley 3.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec., exigía que para el Registro se hubiera de exhibir la primera copia que diese el escribano otorgante, que es la que se llama original, excepto cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiese sacado otra copia con autoridad del juez competente, la cual, en tal caso, se registraría expresándose así (Sent. 23 Setiembre 1864).

Los testamentos que, á falta de escribano, pueden recibir en Cataluña los curas, rectores ó sus tenientes, cada uno en su distrito, territorio ó feligresía, no tienen valor alguno sin la intervencion de dos testigos (Sent. 6 Febrero 1866).

No afecta á la validez de una escritura pública la falta de la primera hoja, cuando contiene toda la parte dispositiva, y está revestida de todos los requisitos y solemnidades necesarias para ser calificada de subsistente y eficaz, sin que se haya intentado contra ella prueba de falsedad (Sent. 19 Febrero 1866).

El testamento nuncupativo que un escribano otorga por sí y ante sí, si se estima como ordenado por cédula, necesita de escribano público y tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar en que se hiciere, ó de cinco de éste, tambien vecinos, no concurriendo aquél. Para elevar á escritura pública el expresado testamento, que es igual al hecho de palabra, no puede prescindirse, por la circunstancia de ser escribano el testador, de recibir declaracion á los testigos y al escribano, en su caso, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1382 y 1387 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 25 Mayo 1866).

La circunstancia de escribir un heredero ó un albacea fiduciario el testamento en que se le nombra, no induce por sí sola nulidad, si no concurren otras que prueben haberse falseado la voluntad del testador (Sent. 24 Diciembre 1866).

Para acreditar la propiedad, hacen prueba acabada las cartas formadas por mano de escribano público, con la solemnidad y demas requisitos que determina el art. 114, tít. XV de la Partida 3.ª, si no hay duda acerca de su autenticidad ni contienen tacha que las invalide (Sent. 12 Marzo 1867).

Es ineficaz en juicio un documento público que no esté unido ni foliado en el protocolo del escribano que lo autorizó, con arreglo á las prescripciones de la ley 1.ª, tít. XXIII, lib. X, Novísima Recopilacion, y á las de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 9 Junio 1868).

Aunque el notario que autorice una escritura exprese únicamente su domicilio y el de los otorgantes, y no su necesidad, esta falta no anula el instrumento, porque la ley del Notariado no sanciona su nulidad (Sent. 13 Noviembre 1868).

No producen efecto las disposiciones de un instrumento público, favorables á parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del notário que lo autorice, segun lo dispuesto en el art. 28 de la ley del Notariado (Sent. 12 Febrero 1869).

Las firmas de los testigos instrumentales no son necesarias para la validez de un testamento otorgado ántes de la publicacion de la ley del Notariado, ni lo son hoy sinó en el caso previsto en el art. 75 del Reglamento para la ejecucion de dicha ley, de 28 de Mayo de 1862 (Sent. 7 Diciembre 1869).

Si bien el fuero *De Tabellionibus*, de los del reino de Aragon, previene que el notario testificante de cualquier instrumento conozca á los interesados que lo otorguen, y en el caso de no conocerlos los designe en tercera persona, expresando llamarse ellos con el nombre que invocan, no exige que en el mismo instrumento se dé fe de dicho conocimiento, y ménos establece como causa de nulidad del testamento la falta de dichos requisitos, por más que castigue al notario que en ella incurra (Sent. 9 Diciembre 1869).

Las certificaciones expedidas por las Administraciones de Hacienda pública son documentos fehacientes, con arregló á lo dispuesto en los artículos 279 y 280 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 7 Febrero 1873).

Si un deudor se comprometió con su acreedor, á condicion de que se abstuviera de apremiarle

por el importe del saldo de su cuenta, á gravar una finca de su pertenencia entregando al efecto títulos de propiedad, y aviniéndose á otorgar cualquier escritura, no puede prescindir de formar la de hipoteca, porque sin ella no es posible inscribir la finca en el Registro de la propiedad, segun se dispone en el art. 3.º de la ley Hipotecaria (Sent. 1.º Octubre 1875).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los documentos que deben presentarse á la toma de razon no son las diligencias originales ó el expediente primitivo, á no ser que en la herencia sea uno solo el interesado, sinó las copias ó testimonios autorizados (Circ. Dir. General Contr. 23 Abril 1850).

No son títulos auténticos registrables los certificados de los acuerdos en virtud de los cuales algunos Ayuntamientos hacían repartos de terrenos de propios, acuerdos que no constan más que por una nota de los secretarios de dichas corporaciones (Res. Dir. Gen. 25 Agosto 1863).

Los testamentos otorgados por los enfermos acogidos en el hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza ante los párrocos ó vicario del mismo, no son documentos inscribibles si no se elevan á escritura pública (Res. Dir. General 27 Octubre 1863).

El juez de primera instancia, con arreglo á los artículos 103 y 167 de la instruccion para el cumplimiento de la ley de 1.º de Mayo de 1855, es competente para autorizar el otorgamiento de una escritura de venta de bienes nacionales, siendo, por lo tanto, inscribible dicho documento (Res. Dir. Gen. 5 Julio 1866).

La escritura de venta á censo reservativo redimible de casas pertenecientes á una capellanía colativa, sacadas á pública subasta, es inscribible. La direccion del Registro acordó que se inscribiera á favor de la capellanía el dominio ó la posesion de la cosa enajenada; que la inscripcion de la posesion se practicase con arreglo á lo prevenido en el real decreto de 11 de Noviembre de 1864, ó segun lo dispuesto en los artículos 397 y siguientes de la ley Hipotecaria reformada; y que verificada la inscripcion de la casa á favor de la capellanía, procedería extender la de su enajenacion, si á juicio del Registrador el documento público que se le presentare no contenía otros defectos que impidieran su inscripcion (Res. Dir. Gen. 10 Mayo 1871).

Para inscribir bienes procedentes de capellanías adjudicadas como libres, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.º del convenio de 24 de Junio de 1867 y cap. 4.º de la Instruccion concordada del propio mes, es necesario que por el título ó por otros documentos se justifique: 1.º, que la capellanía era colativa ó de familia; 2.º, que se ha obtenido la declaracion gubernativa de que los bienes no debían considerarse como eclesiásticos ó del clero secular, sinó que estaban comprendidos entre los exceptuados por los artículos 6.º de la ley de 2 de Setiembre de 1841, y 3.º de la de 11 de Junio de 1855; 3.º, que se presente la ejecutoria obtenida por los adquirentes (Res. Dir. Gen. 12 Julio 1873).

En la ley 7.ª, tít. XIX, lib. III de la Nov. Recopilacion, con objeto de estimular la edificacion en yermos y solares, se dictan varias disposiciones, y entre ellas el que si los mencionados sitios fuesen de mayorazgos, capellanías, patronatos ú obras pías, puedan sus actuales poseedores hacer la obra, y de no verificarla dentro de un año, se concedan dichos solares á censo reservativo; cuya disposicion, aunque especial para Madrid, se halla admitida y extendida á los edificios que se encuentran en estado ruinoso en los demas puntos del reino. La verdadera naturaleza de la constitucion del censo es aquí un acto de administracion autorizado por las leyes y por la práctica, al cual no pueden ser aplicables las disposiciones del real decreto de 12 de Agosto de 1871, porque prescindiendo de su natural contexto, que tan sólo se refiere á los verdaderos actos de conmutacion de bienes eclesiásticos y de capellanías, celebrados con los requisitos del Convenio-ley de 24 de Junio de 1867, y examinando la razon y espíritu que de aquellos se deriva, aparece evidentemente que la necesidad de la previa declaracion ministerial, sólo comprende aquellos actos en virtud de los cuales la Iglesia trasmite á los particulares, en concepto de *libres*, bienes que tenían el carácter de eclesiásticos, y que por este título podían corresponder al Estado con arreglo á las leyes de desamortizacion, entre cuyos actos no puede en manera alguna incluirse el que es objeto del presente recurso (Res. Dir. Gen. 10 Febrero 1875).

La declaracion judicial de heredero obtenida con arreglo á los trámites establecidos por la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio de *ab intestato*, es título suficiente para adquirir el dominio. Para que las providencias declaratorias de derechos puedan ser inscritas en el Re-

gistro de la propiedad, es indispensable que tengan la cualidad de firmes, que son conforme al art. 668 de la ley provisional sobre organizacion del poder judicial, aquellas contra las que no procede recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes (Res. Dir. General 27 Febrero 1875).

No es inscribible por razon de nulidad una escritura de adjudicacion y particion de bienes verificada por los testamentarios y la esposa del testador, cuando ésta es acreedora y el hijo heredero es menor de edad, si éste no ha sido representado por un curador *ad litem* y la testamentaría no se ha sometido á la aprobacion judicial. No puede invocarse contra esta doctrina la regla 4.ª de la órden de 6 de Noviembre de 1868, que declara no ser necesaria la aprobacion judicial para la inscripcion de las particiones de herencia, cuando los herederos menores han sido representados por sus padres, porque esta disposicion supone la posibilidad legal de que los padres tengan la representacion de sus hijos, por no existir intereses opuestos entre ellos, pues habiéndolos, deben estar representados por curadores *ad litem*, conforme á la práctica de los Tribunales, y someterse la particion á la aprobacion judicial, segun lo declarado en la regla de la precitada circular. Tampoco puede invocarse lo dispuesto en el núm. 1.°, art. 65 de la vigente ley de Matrimonio civil, porque si bien la madre del menor heredero, tiene la pátria potestad sobre su hijo, y bajo este concepto disfruta de los mismos derechos y prerogativas del padre, ésta sólo puede representar á los hijos no emancipados en los negocios jurídicos que les sean provechosos, en cuya clase no pueden ser comprendidos los de reconocimiento y pago de créditos ilíquidos (Res. Direccion Gen. 9 Marzo 1875).

Cuando el derecho del que pretende inscribir arranca de una escritura de transaccion, y á pesar de ello se limita á presentar la de particion de bienes, está bien derogada la inscripcion de esta última, porque, segun doctrina constante de la Direccion, las particiones de bienes no son documentos inscribibles si no se acompañan los que acreditan el derecho de los interesados (Res. Dir. Gen. 18 Marzo 1875).

Si en la escritura de particion presentada sólo consta, por la propia y aislada manifestacion de los interesados, que ellos son los únicos herederos *ab intestato* de sus padres, y que como tales han adquirido el dominio de los bienes que á éstos últimos pertenecían, esta manifestacion no puede considerarse como prueba legal y suficiente del título que se invoca para tener el dominio sobre la finca. Las escrituras de particion de bienes, sin otras justificaciones, tan sólo acreditan el hecho de haber cesado la indivision ó comunion entre los copartícipes, pero de ningun modo el derecho de éstos, como lo confirma la real órden de 5 de Setiembre de 1867, que, fundándose en esta misma doctrina, declaró que dichos documentos no son inscribibles si no se acompaña á ellos el testamento ó la declaracion judicial de heredero, es decir, los títulos que justifiquen la adquisicion del dominio por razon de herencia testada ó intestada (Res. Dir. Gen. 12 Mayo de 1875).

Son nulos de derecho los instrumentos públicos otorgados en territorio dominado por las facciones carlistas y en virtud de órden de las autoridades intrusas ó de los jefes rebeldes (Res. Dir. Gen. 5 Julio 1875).

Una escritura de descripcion de bienes no es documento fehaciente para acreditar el dominio de los inmuebles que constituyen la dotacion del mayorazgo, tanto porque la simple manifestacion hecha por una persona fuera de juicio y en provecho propio nunca ha constituído semejante prueba, cuanto porque en el caso de haber de reivindicar algunos ó todos los bienes como procedentes del mayorazgo, no podría obtenerse de ningun Tribunal la declaracion de semejante derecho, si no se presentan otras pruebas legales de pertenecer la finca ó fincas reclamadas á la fundacion; lo que no sucedería si la escritura de inscripcion de bienes constituyese por sí sola un título acabado y completo de dominio (Res. Dir. Gen. 15 Junio 1875).

En conformidad á lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., y artículos 492 y 493 de la ley de Enjuiciamiento civil, los interesados en una testamentaría pueden practicar las operaciones en la forma que estimen conveniente, cuyos acuerdos tendrán toda la validez, firmeza y solemnidad propias de los instrumentos otorgados á presencia del juez, si se ratifican debidamente ante el mismo, segun se previene en el art. 1207 de la propia ley. Las operaciones extendidas en documento privado adquieren el carácter de público cuando ha sido ratificado debidamente ante el juez de primera instancia. Sin embargo de ser inscribible este documento, el registrador puede exigir la

presentacion de documentos que acreditan la capacidad de las personas (Res. Dir. Gen. 15 Noviembre 1875).

Con arreglo á los principios fundamentales de nuestra legislacion y á lo dispuesto en Real órden de 7 de Setiembre de 1867, para acreditar la adquisicion del dominio por título de herencia, y por consiguiente para inscribir esta adquisicion en el Registro de la propiedad, se debe acompañar el testamento ó el acto de última voluntad en que conste la institucion de heredero, y en su defecto la declaracion judicial formulada con sujecion á las leyes. Despues de publicada la ley de Enjuiciamiento civil no existen otros medios legales para obtener la declaracion de heredero *ab intestato* que los consignados y determinados en los artículos 368 al 375 de la misma, cuyos trámites son obligatorios para todos cuantos se crean con derecho á una herencia, ya sea en concepto de herederos necesarios, ya como voluntarios, supuesto que la ley no establece diferencia alguna para este efecto. Al suponer el recurrente que sólo procede y es obligatorio el solicitar la declaracion *ab intestato*, con sujecion á dichos trámites, en los casos taxativamente señalados en el art. 351 de la misma ley, incurre en una equivocada apreciacion jurídica, que nace de confundir el juicio *ab intestato*, que comienza en el art. 368, con los períodos que algunas veces suelen precederle y son el de prevencion, á que únicamente se refiere dicho art. 351, y el de intervencion, de que tratan el 356 y siguientes hasta el 367 inclusive. Una vez establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil los trámites que deben observarse para obtener la declaracion de heredero *ab intestato*, no es lícito á los particulares ni á los Tribunales adoptar otros distintos, porque los preceptos de derecho público, á cuya clase pertenece el procesal, no pueden ser modificados por la voluntad de los interesados. Siendo revocables en cualquier tiempo las providencias dictadas por los jueces en los expedientes de informacion para *perpetua memoria*, conforme á lo dispuesto en la regla 9.ª, art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento civil, carecen de la autoridad y firmeza de la cosa juzgada, y en su consecuencia no constituyen un verdadero título de adquisicion del dominio de los bienes por derecho hereditario, ni pueden considerarse como inscribibles declaraciones de derecho que no causen estado, atendidos los efectos que la ley Hipotecaria atribuye á las inscripciones de herencia. La práctica seguida por algunos juzgados y por una de las Salas de la Audiencia de Sevilla, admitiendo informaciones para perpetua memoria, con el fin de obtener la declaracion de heredero *ab intestato*, y haciendo tales declaraciones, no puede prevalecer contra el precepto claro y terminante del legislador, ni constituir una parte de jurisprudencia, obligatoria para los demas Tribunales y oficinas del Estado. Tampoco puede citarse, en apoyo de esta práctica ilegal, lo dispuesto en los artículos 381 y 382 de la ley Hipotecaria, ni en éstos se hace mencion de las informaciones como medio de obtener la declaracion de heredero, ni aunque á ellos se aludiese podría deducirse que las autorizaba para lo sucesivo, pues el legislador en estos artículos sólo se refiere á inscripciones hechas con anterioridad á la publicacion de la ley Hipotecaria vigente. Ademas de estas razones aducidas para negar á las informaciones de testigos el carácter de medios legales y suficientes de acreditar que una persona ha fallecido sin testamento, y que determinadas personas son las que tienen mejor derecho á sus bienes, existe otra importante, fundada en la imposibilidad de que los testigos sepan y tengan certeza de estos hechos negativos, los cuales sólo pueden justificarse por el medio solemne de los edictos publicados con repeticion en los periódicos oficiales, convocando á todos los que se consideren interesados para que, dentro del término que la ley prescribe, acudan á usar de su derecho en la forma y de la manera establecida (Res. Dir. Gen. 15 Octubre 1875).

Segun la doctrina de los artículos 7.° y 8.° del Convenio-ley de 1867, los poseedores de bienes de dominio particular gravados con cargas eclesiásticas, gozan de la facultad de solicitar la redencion del diocesano, quien, verificado el pago, debe otorgar el correspondiente documento para que se cancele la hipoteca y queden dichos bienes libres. Para los efectos del Convenio-ley citado, se entiende por cargas, segun el art. 5.° de la instruccion concordada, todo gravámen impuesto sobre bienes de cualquier clase para la celebracion de Misas y demas actos religiosos. Los censos gravados sobre bienes de dominio particular á favor de capellanías, memorias de Misas, cuyas pensiones anuales se invierten en celebracion de actos religiosos, tienen el carácter de verdaderas cargas religiosas, y están comprendidos en las disposiciones anteriores. No estando bastante ex

plícita esta declaracion acerca de si estos bienes están ó no incluídos en el beneficio de la redencion que los prelados podian otorgar á los poseedores, se declaró, por Real órden de 17 de Abril de 1868, que los censos ó pensiones conocidamente afectos á cargas eclesiásticas están sujetos á la redencion concedida por el Convenio-ley á los poseedores de los bienes con ellos gravados. Fundada, pues, la escritura en un censo impuesto sobre una finca de la propiedad del otorgante, es incuestionable la facultad del diocesano para conceder la redencion del censo, é indudable la capacidad de un delegado para otorgar la escritura correspondiente (Res. Dir. Gen. 30 Octubre 1875).

La escritura pública de promesa de venta, habiendo conformidad en la cosa y el precio y entrega de aquélla y de parte de ésta, es inscribible, porque constituye un contrato de compra-venta perfecto y consumado. Si la venta se hace bajo condicion resolutoria y ésta no tiene lugar por no haberse realizado oportunamente el hecho de que dependía, queda firme el contrato (Res. Dir. Gen. 20 Noviembre 1875).

Cualquiera que sea la doctrina que prevalezca sobre la naturaleza jurídica de los actos de particion de la cosa comun, ya se les considere traslativos de dominio de cada parte adjudicada á los condueños, ya como declarativos de dominio sobre estas mismas porciones, los referidos actos de particion deben verificarse por todos los que sean condueños, ó por sus legítimos representantes ó causa-habientes, debidamente acreditada su personalidad, para que tales actos sean válidos y puedan inscribirse en el Registro. Respecto á los que intervinieran como herederos de otros, es necesaria la inscripcion previa á favor de los mismos del título por el cual hayan adquirido el derecho hereditario, ó sea del testamento ó última voluntad, en el que se les instituyó herederos, ó declaracion judicial en su defecto; y que miéntras esto no se verifique no pueda tener efecto la inscripcion, aunque haya intervenido la autoridad judicial, porque ésta, en actos de jurisdiccion voluntaria, no declara derechos, pues que sus providencias no causan estado (Resolucion Dir. Gen. 26 Noviembre 1875).

Son títulos inscribibles las sentencias de los Tribunales contra las que no se ha interpuesto recurso de casacion, no sólo para declarar el dominio de bienes, sinó para cancelar asientos del Registro que se hallen en contradiccion con tales declaraciones (Res. Dir. Gen. 8 Junio 1876).

Los convenios y transacciones hechos en juicio verbal no tienen el valor de la cosa juzgada, y áun siendo posible dar á la que se trata la fuerza que el art. 218 de la ley de Enjuiciamiento civil declara para lo convenido en el acto de conciliacion, es indudable, conforme con lo prevenido en dicho artículo, que sólo puede llevarse á efecto por el juez municipal, si no excediese de la cantidad prefijada para los juícios verbales, pero excediendo, como en este caso, por el juez de primera instancia, de la manera y en la forma prevenidas para la ejecucion de las sentencias (Res. Dir. Gen. 28 Setiembre 1876).

Las escrituras de venta mandadas otorgar por los jueces municipales, en cumplimiento de lo convenido en acta de conciliacion entre una madre á nombre de sus hijos y el acreedor de éstos, es inscribible siempre que la providencia se dicte dentro del procedimiento que las leyes establecen para la *ejecucion de sentencias*; procedimiento que en el caso de que se trata se siguió con arreglo al art. 218 de la ley de Enjuiciamiento civil. De lo que no puede dispensarse al acreedor es de que los menores inscriban á su nombre las fincas dadas en pago, porque la ley exige esta previa inscripcion, y no distingue entre las diversas maneras de adquirir el dominio (Res. Dir. Gen. 11 Noviembre 1876).

No es válida ni inscribible, con arreglo á la legislacion vigente, la escritura de venta en que el notario autorizante se coloca en lugar del comprador, aceptando en su nombre todos los derechos trasmitidos por el vendedor (Res. Direccion Gen. 25 Enero 1877).

Los notarios no pueden intervenir como mandatarios de los otorgantes en los contratos que ellos autoricen, siendo nulos los instrumentos redactados con infraccion de este precepto cuando contienen disposiciones á su favor (Idem id. id.).

Si bien la ley del Notariado, en su art. 22, prohibe que los notarios autoricen contratos en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil ó segundo de afinidad, no sanciona esta infraccion con la nulidad del instrumento ni del contrato, sinó que se limita en su art. 28 á declarar ineficaz lo estipulado en favor del pariente que concurrió al otorgamiento (Res. Dir. Gen. 27 Enero 1877).

Segun precepto terminante de la ley Hipote-

caria, pueden ser inscritos en el Registro los títulos consignados en escritura pública, en ejecutoria ó en documentos auténticos expedidos en forma legal por el Gobierno ó por sus agentes, quedando, en su consecuencia, excluídos los títulos que consten en documento privado.

Si bien el testamento otorgado por un militar en papel simple, y firmado por mano del testador, segun dispone la ley 8.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., constituye por esta razon documento privado, no inscribible, adquirió el carácter de auténtico desde el momento en que por autoridad judicial, previas las diligencias oportunas, se reconoció implícitamente su legitimidad, mandando fuese protocolizado en el archivo de un notario público (Res. Dir. Gen. 30 Mayo 1877).

Véase Res. Dir. Gen. de 2 de Octubre de 1877 en el art. 1883 (2.° de la ley Hipotecaria).

Los beneficios concedidos por el artículo 1.° de la ley de 17 de Julio de 1877 deben extenderse á las declaraciones judiciales sobre herederos *ab intestato*, siempre que se hubiesen obtenido observando las demas formalidades de la ley de Enjuiciamiento civil, ántes de la publicacion de aquella ley. La ley de Enjuiciamiento civil sólo se ocupa de las testamentarías para fijar las reglas con que deben trasmitirse las *contiendas ó contenciones* promovidas voluntariamente por los interesados, y bajo este concepto la disposicion del art. 407, fijando las causas en que debe promoverse el juício necesario, no puede entenderse en el sentido de que en ellas haya de incoarse necesariamente pleito ó juício contra la voluntad de los interesados, sinó en el de que, promovido que sea, deban forzosamente observarse las reglas prevenidas.

No habiendo previsto el legislador el caso en que los interesados en una testamentaría ó *ab intestato* se propongan practicar sin contienda judicial todas las operaciones y actos relacionados con la liquidacion y particion de las sucesiones hereditarias, fué indispensable suplirlo de algun modo, adoptando las oportunas reglas que al efecto se consignan en la órden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia en 6 de Noviembre de 1868 (Res. Dir. Gen. 10 Enero 1878).

Si en una nota ó memoria testamentaria aparece el nombramiento de fideicomisario en un sobrino del testador, queda revocado en esta parte el testamento, en cuya cláusula aparecia el nombramiento de otras personas (Res. Direccion Gen. 30 Abril 1878).

Con arreglo á la doctrina de la ley 2.ª, tít. XI-Partida 6.ª, no hay contradiccion entre las cualidades de cumplidor testamentario y heredero fideicomisario (Res. id., id., id.).

Al establecer el art. 3.° de la ley Hipotecaria que puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico expedido por autoridad judicial ó por el Gobierno ó sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos, y el 8.° del Reglamento dictado para la ejecucion de la ley Hipotecaria, al considerar como documentos auténticos los que, sirviendo de título al dominio ó derecho real, están expedidos por el Gobierno ó por autoridad ó funcionario competente para darlos, y deban hacer fe por sí solos, se limitan á consignar que para la inscripcion es necesario un documento auténtico, teniéndose por tal el expedido por funcionario competente; pero sin que esto quiera decir, ni que todos los documentos de esta clase sean inscribibles, ni que todo funcionario sea competente para dar fe indistintamente de toda clase de actos.

El funcionario público competente para dar fe de los contratos y actos extrajudiciales, es el notario, segun se dispone en el art. 1.° de la ley del Notariado; las certificaciones expedidas por los secretarios de los juzgados municipales, con respecto á lo convenido en los actos de conciliacion, sólo tienen el carácter de documento auténtico en cuanto á la certeza de la celebracion del acto y á lo ocurrido en él, sin que los interesados se eximan de hacer constar en escritura pública sus convenios ó avenencias cuando se refieren á la constitucion, trueque ó trasmision de derechos reales sobre bienes inmuebles, segun se dispone en la ley 14, tít. XII, lib. II de la Nov. Rec.

Esta doctrina se encuentra corroborada por el art. 146 de la misma ley Hipotecaria, que prescribe como necesario el otorgamiento de escritura pública para la constitucion de hipotecas voluntarias y por la resolucion de la Direccion de 16 Enero 1864 y Real órden de 13 Diciembre 1867 (Res. Dir. Gen. 25 Julio 1880).

Cuando los interesados no pretenden que se inscriba la particion de los bienes de su causante, sinó sólo su derecho hereditario, no es necesaria la presentacion de la escritura de inventario, division y adjudicacion, bastando con que consten inscritas las fincas á nombre de aquél para que se inscriba en el Registro el expresado

derecho hereditario, mediante la presentacion del testimonio de la declaracion de herederos abintestado, expedida por el escribano de actuaciones del juzgado, que constituye un documento auténtico, con arreglo á los artículos 3.° de la ley Hipotecaria y 8.° del Reglamento, sin que sea necesaria la presentacion de certificado de defuncion, toda vez que media providencia judicial con la declaracion de herederos (Res. Direccion Gen. 7 Octubre 1880).

Artículo 1885.—No se consideran bienes inmuebles, para los efectos de esta ley, los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de Bancos y compañías mercantiles, aunque sean nominativas.

ORÍGENES

Art. 4.°, ley Hipotecaria.

Artículo 1886.—Tambien se inscribirán en el Registro los documentos ó títulos expresados en el art. 2.°, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el número 4.° del mismo artículo, pronunciadas por Tribunales extranjeros, á que deba darse cumplimiento en el Reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 5.°, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO II

DE LA FORMA Y EFECTOS DE LA INSCRIPCION [1]

Artículo 1887.—La inscripcion de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

Por el que trasmita el derecho.

Por el que lo adquiera.

Por quien tenga la representacion legítima de cualquiera de ellos.

Por quien tenga interes en asegurar el derecho que se deba inscribir.

---

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

FORMA DE LA INSCRIPCION.—¿Deberá trasladarse al Registro copia literal de las escrituras de todos los actos traslativos de la propiedad y de los que la modifican, ó solamente se pondrá en él un extracto de la escritura? En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la *trascripcion*, ó el de la *inscripcion*? Nuestro Derecho hasta ahora ha preferido la inscripcion; ¿no hubiera esto sido motivo suficiente para decidir á la Comision, si la inscripcion no fuera bastante, á fin de dar á la propiedad, á los demas derechos en la cosa, á la contratacion y al crédito, toda la firmeza que se busca al reformar la legislacion antigua?

Las legislaciones modernas no están acordes respecto á este punto: unas trascriben, otras inscriben. La trascripcion tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores á que pueda dar lugar un extracto mal hecho, y de necesitar ménos capacidad en los registradores. Al lado de estas ventajas tiene graves inconvenientes, nacidos de la complicacion y abultado volúmen de las titulaciones, de la poca sencillez y precision de los formularios de las escrituras, que, áun dado caso que se reformaran desde luégo, no podría remediarse el mal respecto á los títulos anteriores, y sobre todo el de que en las enajenaciones y constitucion de derechos reales de poco valor difícilmente compensaría los gastos que requiere. La Comision ha creído que la inscripcion minuciosa que propone, las fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias que se han de hacer constar en los Registros, los modelos que acompaña y las precauciones que adopta para que no se eluda la ley, satisfacen cumplidamente á las ventajas de la trascripcion, salvando sus inconvenientes.

En el sistema de la Comision no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripcion. En el interes de los que adquieren un derecho está la adopcion de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido á otro, por error, á contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportu-

ORÍGENES

Art. 6.°, ley Hipotecaria.

namente. Fundada en estos principios, la Comision ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningun otro de fecha anterior, por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar á que el segundo se celebre é inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe, por la incuria ajena, ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, ó minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente.

No es extensivo esto á las hipotecas: la anterior no inscrita será postergada á la que, de fecha más moderna, se inscribió más pronto: aquí ya no existe peligro alguno; si la finca hipotecada basta para pagar á ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza á tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, éste exclusivamente se aprovechará de la hipoteca.

Efectos de la inscripcion.—Ya queda expuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican á tercero, es una de las bases de la ley. La Comision, que lo ha admitido sin excepcion, ha consignado, como consecuencia indeclinable, que debía tener fuerza áun contra los acreedores singularmente privilegiados. En esto ha reformado el antiguo derecho tan sólo en la parte que se refiere á las hipotecas, porque el privilegio nunca ha alcanzado á los demas derechos reales; ha sido únicamente una prelacion entre acreedores, no extensiva á los que tenían ya adquirida la propiedad ó cualquiera de sus desmembraciones. Otras innovaciones no ménos trascendentales introduce el Proyecto en el antiguo derecho respecto á las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, á no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro.

Las innovaciones que con este motivo ha introducido la Comision, se refieren á la revocacion de las donaciones, al retracto legal por causa de venta, á las rescisiones de las ventas por no haberse pagado el todo ó parte del precio al comprador, y por haberse vendido y entregado á un segundo comprador lo vendido ántes á otro, á las rescisiones por lesion enorme y enormísima, á la restitucion *in integrum*, y á la rescision de enajenaciones hechas en fraude de acreedores. Puntos son éstos sobre los cuales es indispensable que la Comision dé algunas explicaciones.

Respecto á la revocacion de las donaciones.—Dista mucho de ser uniforme el derecho de las diferentes provincias de nuestro territorio respecto á la revocacion de las donaciones. La legislacion aragonesa declara irrevocables las que consisten en bienes raíces entregados con la debida solemnidad: la de Castilla, por el contrario, establece expresamente la revocacion por las causas de ingratitud y de supervivencia de hijos: la de Cataluña, por costumbre elevada á derecho escrito, la admite sólo por la supervivencia de hijos, y esto despues de la muerte del padre, y cuando es la donacion de todos los bienes y perjudica á los legítimos; y la de Navarra en su silencio es suplida por el Derecho Romano, que establece terminantemente la revocacion por ingratitud, y que da lugar á reñidas cuestiones entre los intérpretes respecto á la que tiene lugar por el nacimiento de los hijos, posterior á la donacion.

Se ve, pues, que la legislacion más favorable á la revocacion de las donaciones es la de Castilla, que, adoptando una opinion más seguida en los siglos medios que en nuestros días, erigió en ley lo que opinaban algunos jurisconsultos, á saber: que el Derecho Romano, al establecer la revocacion de las donaciones, refiriéndose especialmente á las relaciones entre los patronos y libertos, debía aplicarse como regla general á todos los casos que se presentaran, cualesquiera que fueran los donantes y donatarios. No cabe dentro de los límites á que tiene que circunscribirse el Proyecto, borrar estas desigualdades: sólo al Código civil está reservada la nivelacion; pero sí está la Comision en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta á los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condicion rescisoria á que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, ú obtiene sobre ella algun derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condicion rescisoria, no perjudicara á tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido.

En este punto sufrirán una reforma todas las legislaciones de la Península: no así en las relaciones en los donantes y adquirentes, respecto á los cuales quedará subsistente el antiguo derecho en lo que concierne á la accion personal, y áun tambien por lo tocante á la real, miéntras que la cosa donada no haya pasado á manos de un tercer poseedor ó no haya sido gravada con una carga real ó con una hipoteca. No es esta reforma tan grave como á primera vista aparece, si se atiende á que son pocos los ejemplos que se presentan de revocacion de donaciones por ingratitud ó por supervenicncia de hijos. Pero áun en el caso de que el Proyecto pase á ser ley, podrán seguir gozando los donantes de los beneficios hasta aquí establecidos, sin más que expresar en las donaciones que éstas quedarán revocadas en los casos referidos, ó en otros que estimen conveniente.

Conforme está en parte con lo que propone la Comision el proyecto del Código civil: éste, despues de limitar mucho en su extension y efectos la revocacion de las donaciones por la ingratitud del donatario, establece que cuando por esta causa sea revocada la donacion, queden subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la inscripcion de la demanda de revocacion en el Registro de hipotecas, y que las posteriores sean anuladas. Sigue en este punto á la ley romana, que lo estableció, y cuyos fundamentos son que al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone á la ingratitud del donatario, que la traslacion hecha por éste da al tercero un derecho absoluto no sujeto á actos ajenos, y que en el hecho de no haber reclamado el donante, da una prueba de que ha remiti-

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La entrega de los títulos verificada por el actuario como consecuencia de la resolucion de

un recurso gubernativo, equivale á la presentacion de los mismos en el Registro (Res. Direccion Gen. 14 Abril 1875).

La inscripcion de los títulos de adquisicion de bienes inmuebles ó derechos reales constituídos sobre los mismos es un derecho de naturaleza civil, que compete á quien tiene interes en asegurar su adquisicion con arreglo á la ley

---

do la ofensa. No es igual la decision del proyecto del Código civil respecto al caso de revocacion por la superveniencia de hijos; pero la Comision, sin falsear su sistema, no podía admitirla.

Respecto al retracto legal en las ventas.—Tampoco podía admitir la Comision que, pasada la cosa á un tercer poseedor, hubiera lugar al retracto legal en la venta. El retracto convencional no necesita esta declaracion, porque si la venta está incrita en el Registro, la condicion resolutoria del contrato aparecerá tambien en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condicion resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez para burlar la ley; pero sea la omision efecto de descuido ó de mala fe, sólo debe perjudicar á los negligentes y á los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condicion resolutoria. La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros, bien lo sean en el dominio absoluto de la finca, ó por estar divididos entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde á la Comision examinar en esta exposicion las ventajas ó inconvenientes de semejantes clases de retractos: no tiene para qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente, la opinion de uno de los Cuerpos Colegisladores, marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio, la omision de éste en el proyecto del Código civil, y la restriccion grande que pone al de comuneros, concediéndolo solamente en el caso de que se venda al extraño por uno de los condueños la cosa que no pueda dividirse cómodamente ó sin menoscabo; tampoco le corresponde entrar en el exámen de las legislaciones forales, en algunas de las cuales se da mucha mayor extension á los retractos. Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone reforma en la parte en que se opone á los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título; de otro modo, para ser consecuente, sería necesario admitir la regla del derecho aragones, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta á retracto no la puede vender dentro del término legal para retraerle, lo que en último resultado vendría á convertir en derecho de tanteo el que es de retracto, y haría indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedían de padres ó de abuelos, la cláusula de que quedaban sujetas al retracto. En los términos cortos y fatales en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho á un tercero la enajenacion de la heredad sujeta á él, y que ésta se haya inscrito en el Registro; pero cuando ocurra, no debe disimular la Comision que se separa, ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, á imitacion de las acciones reales, debe darse contra cualquier poseedor á que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer.

Al derecho de tanteo en las enfitéusis es extensivo lo que queda expuesto respecto al retracto legal por la venta. Pero la Comision no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta á las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente ó tanteante.

Por no haberse pagado el todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripcion haber sido aplazado el pago.—Siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total ó parcialmente, nace la presuncion legal de que íntegramente ha sido satisfecho. El tercero que compra ó adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si despues se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno, imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interes está hacer que conste la falta de pago en la escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dió lugar á él, que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada.

Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.—Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá trasmitido el dominio desde la inscripcion, no desde la posesion, y ménos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece tambien el proyecto de Código civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles á varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito ántes su título.

Por causa de lesion enorme y enormísima.—El Fuero-Juzgo dijo sucinta y genéricamente que ninguno podía deshacer la validez de la venta, fundándose en haber vendido la cosa en ménos de su valor. El Fuero Real y las Partidas, no aceptando el derecho visigodo, al que siguieron los fueros municipales, sustituyeron á esta regla la romana, segun la cual procedía la rescision siempre que la lesion excediera de la mitad del justo precio. No sucedió lo mismo en Aragon, en donde rige la regla de que tanto es el valor de la cosa en cuanto se puede vender. Los Códigos modernos establecen doctrinas diferentes, ya respecto á rechazar ó admitir la rescision por esta causa, ya acerca de si deberá limitarse al comprador ó al vendedor, ó ser extensiva á ambos, ya respecto á la cantidad que debe servir de tipo para graduar la lesion, ya respecto á si es ó no renunciable este derecho, ya á si ha de comprender los bienes inmuebles ó circunscribirse solamente á los muebles, ya, por último, respecto al tiempo en que puede ejercitarse el derecho de pedirla. En España está iniciada esta cuestion en sentido de negar que las enajenaciones sean rescindibles por lesion. El Código de Comercio establece que las ventas mercantiles no se rescindan por lesion enorme ó enormísima, y que sólo tenga lugar la repeticion de daños y perjuicios contra el contratante que proceda con dolo en el contrato ó en su cumplimiento. Es verdad que en las cosas muebles, y con especialidad en las que son objeto de contratacion mercantil, hay

Hipotecaria, de cuyo derecho no puede ser privado, salvo el caso en que los Registradores declaren improcedente la inscripcion sin haber sido oídos y vencidos en juicio. Presentada en el Registro la escritura de constitucion de hipoteca para su inscripcion no puede ser privado de este derecho en virtud de auto dictado en juicio ejecutivo, sin audiencia, citacion ni cono-

---

motivos especiales que así lo aconsejan; pero los principios capitales en que se funda la abolicion del antiguo derecho son aplicables igualmente á la propiedad inmueble. Por esto sin duda en el proyecto del Código civil se establece como regla general, si bien despues se hacen determinadas excepciones, que ninguna obligacion ó convenio se rescinda por lesion, aunque sea enormísima. Ni se contentaron los autores del Proyecto con dejar de hacer mencion de ello, lo que por sí sólo bastaría para que no pudiera solicitarse ni acordarse; fueron más adelante: consignaron su opinion de un modo que no pudiera atribuir su silencio á que no la hubieran tenido en cuenta: desecharon la rescision por lesion en el precio, dejando escrita de un modo solemne la reprobacion que les merecía. Los que buscan el equilibrio entre el valor de la cosa y el precio que por ella se da, hasta el punto de permitir la rescision á título de lesiones, deben considerar que es inadmisible en las subastas públicas, á pesar de las grandes diferencias que hay á veces entre la tasacion de las fincas y el precio en que se rematan, y que no debe considerarse ni inmoral ni falto de consentimiento el contrato otorgado privadamente entre particulares, cuando en iguales condiciones no lo es entre un particular y el Estado, ó si se verifica con intervencion de las autoridades judiciales. Mas la Comision, limitándose á lo que á la ley corresponde, no ha procedido á la reforma del Derecho civil en este punto, sinó sólo en cuanto se refiere á un tercer poseedor que tal vez haya pagado el precio verdadero de la cosa.

POR EFECTO DE LA RESTITUCION «IN INTEGRUM.»—La restitucion *in integrum* concedida á los menores, á los incapacitados y á algunas personas jurídicas á quienes la ley ha creído que debía dispensar este beneficio, no está admitida en todo el territorio español. La legislacion aragonesa la rechaza por completo, y los redactores del proyecto del Código civil, si bien no creyeron que debían extender á toda la Monarquía la ley aragonesa aboliendo la restitucion, la limitaron mucho, no concediéndola más que á los menores é incapacitados, y nunca contra el poseedor extraño al contrato hecho en nombre de ellos, si bajo la salvaguardia de la ley había adquirido un derecho real. *El beneficio de la restitucion*, dicen los redactores del Proyecto, *solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor ó curador, y no contra los ulteriores adquirentes, á no ser contra el que hubiere adquirido de mala fe;* y como si esta limitacion no les satisficiera bastante, añadieron que no gozarían los menores del beneficio de la restitucion respecto á los daños que se les hubieran hecho en las capitulaciones matrimoniales celebradas con las solemnidades de derecho, ni en los convenios y actos del tutor ó curador sobre los cuales hubiera recaído la aprobacion judicial. La Comision cree que el beneficio de la restitucion se convierte frecuentemente contra las personas á cuyo favor se ha introducido, haciendo más triste su condicion, porque aminora su crédito, porque dejando en incierto derechos legítimos, retrae de contratar con ellas á muchos que sin el privilegio no dejarían de hacerlo, y porque los mismos favorecidos ó que creen serlo, se ven obligados en su consecuencia á pasar por las exigencias de usureros, que compensan el riesgo á que se exponen con lo excesivo de la ganancia á que aspiran. Hoy es una verdad reconocida que los menores y los que á ellos en el derecho se equiparan, están abrumados con el peso de los beneficios que á manos llenas han querido dispensarles los legisladores. Llévese enhorabuena la proteccion hasta el punto adonde pueda llegarse sin perjudicarlos; pero que esta proteccion tenga por objeto impedir la superveniencia del mal; que por medios eficaces en este sentido se multipliquen los beneficios; pero que no se busque en acciones rescisorias remedios por su índole extraordinarios, la anulacion del crédito de los protegidos, ni se dé lugar á los efectos lamentables que son siempre su resultado; en una palabra: que la ley sea más previsora, siguiendo el adagio jurídico, segun el cual más vale precaver oportunamente el mal que tratar de atajar sus consecuencias. Por estas consideraciones la Comision, circunscribiéndose á límites indispensables del Proyecto, y fiel á su pensamiento, niega el beneficio de la restitucion para despojar de la propiedad ó de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio.

POR ENAJENACIONES VERIFICADAS EN FRAUDE DE LOS ACREEDORES.—Las leyes mismas que han establecido la revocacion de las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores, se han mostrado muy cuidadosas de restringir los efectos de semejante derogacion de los principios que protegen el derecho de contratacion. Limitando la accion de los acreedores al corto espacio de un año, estableciéndola para el caso en que las enajenaciones provengan de títulos meramente gratuitos, y solamente de los onerosos cuando el adquirente es partícipe del engaño, exigiendo, no sólo que haya habido intencion de defraudar, sinó que la intencion haya producido su efecto, no admitiendo otra presuncion de derecho para juzgar de la intencion, que la de haber sido el deudor condenado á satisfacer deudas ó á hacer entrega de sus bienes á los acreedores, dan á entender muy claramente la timidez y desconfianza con que procedía el legislador en esta delicada materia. En el proyecto del Código civil no podían ménos de tomarse en cuenta los inconvenientes del derecho antiguo respecto á la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescision de las obligaciones á instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto á las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comision. Segun estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles á título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescision se haya anotado en el Registro público ántes de haberse inscrito el contrato de enajenacion; tambien se rescinden, aunque no hayan sido inscritas ántes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entretanto con buena fe; y por último las enajenaciones á título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, son rescindidas como fraudulentas á

cimiento de la persona á quien en su caso había de perjudicar el cumplimiento del auto (Resolucion Dir. Gen. 15 Marzo 1878).

Ha declarado este Centro, de acuerdo con la doctrina de la ley Hipotecaria, que es un derecho de naturaleza civil el de exigir la inscripcion en el Registro de los títulos de adquisicion de bienes inmuebles, cuyo derecho compete de un modo perfecto á las personas que tienen interes en asegurar dicha adquisicion, y del cual no pueden ser privadas sin haber sido oidas y vencidas en juicio, salvo el caso en que los registradores declaren improcedente la inscripcion de aquellos títulos; habiendo presentado el comprador dicha escritura á su inscripcion, no puede ser privado de este derecho sinó por defectos de título subsanables ó insubsanables, por obstáculos que nazcan de los libros del Registro, ó en virtud de ejecutoria dictada con su audiencia (Res. Dir. Gen. 10 Agosto 1878).

Artículo 1888.—Cuando en los actos ó contratos no sujetos á inscripcion se reserve cualquier derecho real sobre bienes inmuebles á personas que no hubieran sido parte en ellos, el notario que autorice el título, ó la autoridad que lo expida, si no mediare aquel funcionario, deberá exigir la inscripcion del referido derecho real, siempre que el interes de dichas personas resulte del título mismo ó de los documentos ó diligencias que se hayan tenido á la vista para su expedicion.

Si los actos ó contratos estuvieren sujetos á inscripcion, deberá hacerse en ésta expresa mencion del derecho real reservado y de las personas á cuyo favor se hubiere hecho la reserva.

ORÍGENES

Art. 7.°, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La doctrina consignada en el art. 7.° es aplicable, no sólo á los actos ó contratos en que se reserva algun derecho á personas que no han sido parte en ellos, sinó tambien á los que versen sobre bienes ó derechos respecto á los cuales haya terceros interesados, por ejemplo, la venta de una finca gravada con un censo (Resolucion Dir. Gen. 22 Diciembre 1862).

Si el notario autorizante ha redactado la parte del documento á que se refiere el derecho que se reserva el vendedor en la forma prevenida en el art. 14 de la Instruccion para redactar los instrumentos públicos, y las reglas 5.ª, y 6.ª del art. 25 del Reglamento, puede hacerse constar en la correspondiente inscripcion, copiando literalmente las palabras que componen la frase ó periodo relativo al indicado derecho, y que constan subrayadas (Res. Dir. Gen. 27 Enero 1879).

Artículo 1889.—Cada una de las fincas que se inscriban por primera vez se señalará con número diferente y correlativo.

Las inscripciones correspondientes á cada finca se señalarán con otra numeracion correlativa y especial.

Se considerarán como una sola finca, para el efecto de su inscripcion en el Registro, bajo un solo número *(a)*:

---

instancia de los acreedores. La Comision ha seguido este ejemplo en la parte que cabia en el Proyecto, proponiendo que la accion rescisoria por enajenacion en fraude de acreedores no se dé en perjuicio de tercero que tenga inscrito el título de su derecho, á ménos que la segunda enajenacion sea á título gratuito, ó que el tercero haya sido participante en el fraude. Ha ido más adelante aún, proponiendo que en estos casos el año establecido por la ley se cuente desde el dia de la enajenacion fraudulenta, corrigiendo en esto las leyes de Partida, que lo contaban sólo desde el dia en que los acreedores sabian la enajenacion. La publicidad del Registro en el que debe constar la enajenacion hecha en fraude de los acreedores, el concederse la reduccion del término solamente al que tiene inscrito su derecho, y la odiosidad de estos remedios rescisorios, motivo por el que han sido siempre de interpretacion estrecha, explican la conducta de la Comision.

Para la claridad de la ley es menester fijar con precision qué es lo que debe entenderse por enajenacion á título gratuíto, hacer aplicaciónes prácticas de la definicion, y declarar tambien quiénes deben ser considerados como participantes del fraude.

La Comision lo ha hecho en los términos que ha considerado más convenientes, y cree que su simple lectura bastará para que todos conozcan los motivos en que se fundan las disposiciones adoptadas: más que establecer derecho nuevo, puede decirse que en esta parte del Proyecto se limita á formular lo que, ó ántes estaba escrito en la ley sin concretarlo al caso actual, ó lo que viene recibido como doctrina, é interpretado prácticamente por la jurisprudencia de los Tribunales. Sin dar grandes dimensiones á esta Exposicion de motivos, no puede descenderse á otros pormenores.

1.° El territorio, término redondo ó lugar de cada foral en Galicia ó Astúrias, siempre que reconozca un solo dueño directo, ó varios *pro indiviso*, aunque esté dividido en suertes ó porciones, dadas en dominio útil ó foro á diferentes colonos, si su conjunto se halla comprendido dentro de los linderos de dicho término *(b)*.

2.° Toda finca rural, dividida y dada del mismo modo en enfitéusis, siempre que concurran en ella las demas circunstancias expresadas en el párrafo anterior.

Se estimará único el señorío directo para los efectos de la inscripcion, aunque sean varios los que, á título de señores directos, cobren rentas ó pensiones de un foral ó lugar, siempre que la tierra aforada no se halle dividida entre ellos por el mismo concepto.

3.° Toda finca urbana y todo edificio, aunque pertenezca en porciones señaladas, habitaciones ó pisos, á diferentes dueños, en dominio pleno ó ménos pleno.

ORÍGENES

Art. 8.°, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

(a) Se reputa finca urbana la casa que no está aislada en el campo, sino unida á un grupo de edificios, y rústica la casa de campo accesoria á una heredad ó al huerto que se halle dentro de poblado (Res. Dir. Gen. 5 Marzo 1863).

Miéntras una finca esté *pro indiviso*, cualquiera que sea la causa orígen del condominio, se extenderá un solo asiento para inscribir cada título que otorguen conjuntamente todos los conduеños; doctrina que confirma el art. 24 del Reglamento al disponer que cuando se divida materialmente una finca deberá inscribirse bajo un número diferente, en asiento separado la parte que se segrega para formar otra finca distinta. La diferencia que el Registrador de la propiedad de X establece entre el condominio por partes *tácitamente* señaladas y el que lo es por partes *alícuotas expresamente* determinadas para deducir de ella que los títulos relativos al primero han de inscribirse en un solo asiento, y los referentes al segundo haciendo tantas inscripciones bajo un solo número cuantos sean los condueños, está en abierta contradiccion con la ley y el Reglamento (Res. Direccion Gen. 12 Octubre 1874.)

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, el Registro debe llevarse abriendo uno á cada finca en el libro respectivo, y señalándola con el número propio y distinto. Para determinar lo que se entiende por finca es preciso tener presente que el espíritu y fin de la ley se dirige principalmente á conservar en el Registro la unidad territorial de las fincas para darlas á conocer con más facilidad. De acuerdo con estos principios, dispuso el art. 322 del Reglamento que se considere como una sola finca y se inscriba bajo un solo número, toda finca rústica que, aunque formada por varias suertes de tierra no contiguas, componga una sola labor ó heredamiento, sea conocida con su nombre y pertenezca á un dueño ó á varios *pro indiviso*, pero expresándose separadamente la cabida y linderos de cada suerte separada, con indicacion de las que pertenezcan en comun. Con arreglo á esta disposicion, pueden inscribirse bajo un solo número los pertenecientes á piezas de terreno agregadas ó dependientes de caseríos, con tal que constituyan un solo cuerpo de bienes (Res. Direccion Gen. 24 Noviembre 1876).

Conforme á la doctrina de la ley Hipotecaria, perfectamente formulada en el art. 24 del Reglamento para su ejecucion, la unidad territorial de las fincas inscritas en un Registro particular y con número diferente, debe conservarse, cualesquiera que sean las trasmisiones ó gravámenes que otorguen ó constituyan sus respectivos dueños, miéntras no se agregue alguna parte de ellas en favor de un tercero que adquiera el dominio de esta porcion, ó se reunan dos ó más para formar una finca. Tanto para formar de una finca inscrita dos ó más, como para constituír una sola con varias inscritas, no basta la division que el dueño haga de ellas, ni que una misma persona adquiera varias fincas distintas, sinó que es preciso ademas que exista un hecho generador de la nueva finca, cual es la segregacion de una parte en el primer caso, y en el segundo la aglomeracion ó reunion de varios inmuebles ó raíces inscritos con números distintos, y verificarla mediante la voluntad del dueño solamente explicada para que se constituya una sola finca. Demostrada la necesidad legal de extenderse una verdadera inscripcion de dominio para hacer constar la formacion de una nueva finca, es evidente que no basta la pretension del dueño, consignada en documen-

to privado, sinó que es indispensable, con sujecion al precepto contenido en el art. 3.° de la ley Hipotecaria, la presentacion de documento público que contenga las circunstancias precisas para verificar la inscripcion; pero entendiéndose que no puede ser obstáculo la diversa titulacion de cada una de las fincas reunidas, como equivocadamente ha supuesto el Registrador (Res. Dir. Gen. 16 Diciembre 1876).

Si bien el art. 322 del Reglamento, en consonancia con el art. 8.° de la ley Hipotecaria, autoriza la inscripcion bajo un mismo número de varias porciones de tierra, este mandato está subordinado á que las fincas formen un solo cuerpo de bienes y se conozcan bajo un solo nombre, y que los interesados en su inscripcion soliciten expresamente que se comprenda como una sola finca dicha porcion, y se inscriban bajo un solo número (Res. Direccion Gen. 3 Marzo 1877).

Para aplicar con acierto los preceptos consignados en los artículos 8.° de la ley Hipotecaria y 322 del Reglamento, importa tener presente que uno de los principios fundamentales del moderno sistema hipotecario consiste en que se lleve el Registro por fincas, abriendo á cada una, cualquiera que sea su importancia, un registro particular, á fin de que en él se consignen todas las vicisitudes que sufra el dominio de la misma. Al autorizarse en el párrafo 1.° del art. 322 del Reglamento la inscripcion de suertes de tierra que forman parte de una finca rústica, tuvo por objeto su aplicacion á las fincas rústicas de alguna importancia que tienen como dependientes entre sí, con el propósito de no separar la unidad territorial de la finca principal con la que forman aquellas una sola labor ó cuerpo general de bienes, conocido con un nombre. Siendo éste el sentido de las palabras *cuerpo general de bienes, labor ó heredamiento* conforme con dicho art. 322, no puede dárseles otro sentido distinto cuando esta Direccion lo consignó en Resolucion de 3 de Marzo de 1877, ni suponer que se autorice la inscripcion de diferentes propiedades rústicas que en un mismo término municipal posea una persona, cuando no existan entre ellas relaciones de dependencia que unen lo accesorio con lo principal. Tiene declarado este Centro que el *hecho de hallarse situadas varias porciones de tierra dentro de un mismo término municipal y pertenecer á un mismo dueño, no basta por sí solo para considerar como una sola finca todas aquellas porciones*, sin que baste tampoco para suplir esta imposibilidad que el propietario aplique un nombre arbitrario á aquellas porciones, porque, de admitirse, falsearía el principio de la ley Hipotecaria, que se dirige á conservar en el Registro, la *unidad territorial de las fincas* para darlas á conocer con más facilidad (Res. Dir. Gen. 10 Mayo 1878).

(b) Respecto á las suertes de tierra no inscritas en el Registro á nombre de los dueños útiles, procede requerir previamente á los poseedores de las suertes afectas á los derechos reales de que se trata, por cualquiera de los medios que conceden la ley, el Reglamento y el Real decreto de 21 de Julio de 1871, y practicar la inscripcion en la forma prevenida en cada una de estas disposiciones. Otro de los medios consiste en presentar el dueño directo en el Registro, con los documentos que acreditan su derecho, una nota ó relacion de los llevadores de las fincas, á fin de que, cuando éstos sean más de cuatro, se practique el requerimiento por edictos en la forma y á los efectos prevenidos en el art. 8.° del expresado Real decreto, cuyo requerimiento ha de practicar el mismo Registrador, como se deduce del contenido de las reglas 4.ª y 5.ª, y se consigna terminantemente en el proyecto de Ley adicional formado por la Comision de Códigos, en 11 de Abril de 1864, de donde dichas reglas están tomadas literalmente (Res. Dir. Gen. 14 Abril 1875).

Cuando se hayan dividido las fincas sobre que gravita un censo y sea difícil venir en conocimiento de los inmuebles que responden de él, el interesado puede acreditar sus linderos y cabida, bien por la nota prevenida en el art. 24 del Reglamento, bien por una declaracion formalizada con arreglo á los artículos 5.° y 14 del decreto de 21 de Julio de 1871 y 407 de la ley, sin que sea necesario obtener la expresa conformidad de cada uno de los dueños útiles ó llevadores de las suertes cuando se trata de derechos reales anteriores á 1863; porque prescindiendo de que la legislacion hipotecaria ha establecido otros medios para suplir dicha declaracion, el exigirla equivaldría, por la dificultad práctica y legal de obtenerla, á imposibilitar la inscripcion de los censos y foros á favor de los dueños directos. (Res. Dir. Gen. 14 Abril 1875; Res. Dir. Gen. 26 Mayo 1876).

Para la inscripcion de un foro no basta justificar la constitucion de este derecho real, sinó que es necesario ademas acreditar como previenen terminantemente los artículos 4.° del Real decreto de 21 de Julio de 1871 y 7.° del Real decreto de 8 de Noviembre de 1875, que ha ad-

quirido dicho foro del primer aforante, y que son sus actuales llevadores las personas indicadas por el mismo. Para acreditar el primero de estos extremos, no basta la informacion *ad perpetuam* para justificar ser heredero de su padre, cuya cualidad sólo puede legalmente probarse por la institucion de heredero ó declaracion judicial, previos los trámites de la ley de Enjuiciamiento civil, ó en la de 17 de Julio de 1877; y para acreditar el segundo, ha debido observarse lo dispuesto en el núm. 3.° del art. 7.° del decreto de 8 de Noviembre citado, siguiendo el procedimiento en el mismo prevenido: siendo precisa ademas la conformidad expresa ó tácita de las personas requeridas (Resolucion Dir. Gen. 2 Julio 1878).

Artículo 1890.—Toda inscripcion que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes:

1.ª La naturaleza, situacion y linderos de los inmuebles, objeto de la inscripcion, ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constare del título *(a)*.

2.ª La naturaleza, extension, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscriba, y su valor, si constare del título *(b)*.

3.ª La naturaleza, extension, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripcion.

4.ª La naturaleza del título que deba inscribirse y su fecha.

5.ª El nombre y apellido de la persona, si fuese determinada; y no siéndolo, el nombre de la corporacion ó el colectivo de los interesados á cuyo favor se hace la inscripcion *(c)*.

6.ª El nombre y apellido de la persona, ó el nombre de la corporacion ó persona jurídica de quien procedan inmediatamente los bienes ó derechos que deban inscribirse.

7.ª El nombre y residencia del Tribunal, notario ó funcionario que autorice el título que se haya de inscribir.

8.ª La fecha de la presentacion del título en el Registro, con expresion de la hora.

9.ª La conformidad de la inscripcion con la copia del título de donde se hubiere tomado; y si fuere éste de los que deben conservarse en el oficio del Registro, indicacion del legajo en que se encuentre.

ORÍGENES

Art. 9.°, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

(a) No es inscribible la escritura en que se haya omitido la naturaleza, situacion, linderos, y medida superficial de cada una de las fincas á que afecta el derecho en el arbolado que se cedía, y no constando del Registro á qué personas corresponde el suelo donde está plantado dicho arbolado, no puede cumplirse el requisito exigido por el art. 27 del Reglamento para la ejecucion de la ley Hipotecaria. Estas dos faltas son subsanables mediante nueva escritura y con la inscripcion del suelo, conforme á la misma ley, su Reglamento y Real decreto de 21 de Julio de 1875.

El haberse redactado la escritura de venta judicial con el defecto indicado y el haberse suscrito, no son razones para que al redactar el último instrumento se falte á lo dispuesto en el referido artículo de la Instruccion, que el notario debía conocer y cumplir, ni mucho ménos para que el actual registrador falte á lo dispuesto en el art. 27 del Reglamento; pues es sabido que cada funcionario debe ajustarse en los actos en que interviene y de que es responsable, á las disposiciones vigentes, sin preocuparse de la manera como las hayan ejecutado otros funcionarios en casos iguales (Res. Direccion Gen. 22 Julio 1874).

Para negar la inscripcion de una escritura no es razon bastante la omision de los linderos de las fincas, porque este defecto puede suplirse presentando otros documentos; y si éstos no fuesen suficientes, con la nota adicional prevenida en los artículos 21 y 314 del Reglamento general (Res. Dir. Gen. 10 Setiembre 1875).

Si bien el art. 28 del Reglamento dispone que cuando no resultasen en los títulos que se presenten, designados de igual manera que en el Registro el nombre, situacion, medida superficial, linderos ú otra circunstancia importante, en la inscripcion que se extienda se expresarán las circunstancias que hayan variado, haciéndose simple referencia de las demas, este precepto no debe entenderse en el sentido de que, cualquiera que sea la diferencia adver-

tida, áun cuando ésta haga dudar de la identidad de las fincas, deba practicarse el asiento solicitado; porque aparte de que pugnaría con las amplias facultades que la ley concede á los Registradores para calificar los documentos, tanto en su forma extrínseca como en la intrínseca, sería autorizar la involucracion y desórden en los libros y sus fincas á fraudes y perjuícios para el Tesoro público.

Que la verdadera interpretacion del referido art. 28 no es otra que evitar repeticiones innecesarias en los asientos de los libros cuando la descripcion que de las fincas haya de hacerse sea igual á la que conste anteriormente en el Registro, y consignar únicamente las diferencias que resulten en cualquiera circunstancia importante; entendiéndose que estas diferencias no han de ser de tal entidad que por sí hagan racionalmente sospechar acerca de la igualdad ó identidad de la finca, sinó únicamente aquellas que sean consecuencia de la naturaleza mudable de las circunstancias que se determinan en las inscripciones, como linderos, uso agrícola, precio, nombre ó número de la finca, ó las que procedan de acciones naturales, como el aumento ó disminucion de una heredad por aluvion ó fuerza del río, ó, en fin, las que procedan de error, falsa apreciacion ó cualquiera otra causa atendible en que anteriormente hubiera podido incurrirse en la descripcion de una finca (Res. Dir. Gen. 14 Marzo 1876).

Aun cuando la Administracion económica pueda utilizar los beneficios concedidos por el Real decreto de 21 de Julio de 1871 para la inscripcion de la finca, por hallarse vigente, conforme á lo que determina el de 8 de Noviembre de 1875, no es inscribible la certificacion por falta de claridad y precision en la redaccion de dicho documento al expresar la naturaleza, extension y condiciones del derecho que se pretende inscribir, así como de la naturaleza de los gravámenes sobre el mismo impuestos. Esta falta de claridad consiste en que la frase que dice se *estima* no tiene significado jurídico refiriéndose á los pastos ó labores. Desde el momento que la Administracion económica pretende alcanzar los beneficios del Registro, debe sujetarse á las formalidades generales y esenciales establecidas en la ley Hipotecaria, una de las cuales consiste en determinar la naturaleza, extension y cargos del derecho que se trata de inscribir con la mayor exactitud y precision, á fin de que no pueda el tercero ser inducido á error sobre dicho extremo, ni perjudicado en su consecuencia (Res. Dir. Gen. 10 Marzo 1878).

Si bien es un requisito esencial para la validez de la inscripcion la descripcion de la parte de las fincas á cada uno de los Registros en cuya circunscripcion se halle situado, así como sus linderos, esta falta constituye un defecto subsanable con arreglo al art. 65 de la ley Hipotecaria, defecto que precisamente da motivo para que se extienda la anotacion conforme al número 8.° del art. 42 de la propia ley (Resolucion Dir. Gen. 19 Marzo 1879).

Las circunstancias que sirven para describir una finca, pueden clasificarse en dos grupos, unas que merecen el calificativo de esenciales, dado que deben figurar en toda inscripcion, y otras que si bien son convenientes, no tienen ante la ley tal importancia que no sea lícito prescindir de ellas en determinados casos. Esta distincion tiene su fundamento legal en la letra y espíritu de la regla 1.ª del art. 9.° de la ley Hipotecaria segun la cual hay circunstancias que debe contener toda inscripcion, y son la naturaleza, la situacion y los linderos de los inmuebles, y hay en cambio otras que deben expresarse *tan solo* si constasen del título, y son la medida superficial de la finca, su nombre y su número. Tambien el art. 25 del Reglamento en su núm. 4.° confirma esta doctrina, ocupándose del caso en que no resultare del título la medida superficial, y ordenando que si así fuese, se exprese en la inscripcion esta circunstancia.

El único objeto de la Instruccion sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos á Registro, es hacer que los documentos inscribibles reunan todos aquellos requisitos que deben figurar en la inscripcion, y por tanto, sus preceptos sirven para trazar una norma al notario, pero nunca para modificar y mucho ménos contrariar las disposiciones de la ley y de su Reglamento.

Los registradores no deben expresar en las inscripciones la medida superficial de los inmuebles rústicos ó urbanos cuando no constan en los títulos que se les presentan, sin que la falta de esta circunstancia sea motivo bastante á denegar la inscripcion (Res. Dir. Gen. 17 Mayo 1880).

No es motivo bastante para suspender la inscripcion de un documento la circunstancia de señalarse en él distintos linderos á la finca de los que ésta tenga segun el Registro, no sólo por que así se infiere del terminante y general precepto del art. 28 del Reglamento, y ha sido re-

suelto por esta Direccion en 8 de Julio de 1878, sinó ademas porque aquella circunstancia, muy importante para la determinacion de los inmuebles, no puede estimarse única para este efecto y debe prescindirse de ella en casos en que las demas circunstancias de sitio, cabida, número de cepas, nombre del propietario y título de adquisicion de éste, resulten descritas del propio modo en la escritura denegada que en el asiento del Registro (Res. Dir. Gen. 18 Setiembre 1880).

(b) La omision de cargas en los documentos presentados, ó el que en éstos se diga que no tiene ninguna la finca ó derecho que se trata de registrar, no es defecto para inscribir, siquiera el registrador deba hacer mérito de las cargas que aparezcan del Registro, aunque el documento exprese que la finca está libre de ellas (Res. Dir. Gen. 5 Enero 1872).

Cuando resulta de la escritura que el deudor se obligó á satisfacer al vencimiento la cantidad de 2.000 pesetas con los intereses por anualidades vencidas, desde luégo, ó sea en el acto, los gastos de escritura, inscripcion é impuesto, hipotecando á la seguridad de aquella obligacion la finca deslindada, advirtiendo el notario que la hipoteca no aseguraba con perjuício de tercero, ademas del capital, sinó los intereses de los dos últimos años y la anualidad vencida del corriente, no debe suspenderse la inscripcion porque de aquellas cláusulas resulta claramente determinada la cantidad de que responde la hipoteca. Si bien el notario autorizante ha faltado á los artículos 31 y 15 de la Instruccion de 12 de Junio de 1861 sobre el modo de redactar los instrumentos públicos que concuerdan con el 15 de la de 9 de Noviembre de 1874, al omitir el precio ó valor de la finca sin hacer constar que hubiese requerido á las partes para que lo señalasen, esta falta no es bastante para suspender la inscripcion, pues no puede calificarse como defecto insubsanable con arreglo al artículo 65 de la ley Hipotecaria, supuesto que no produce la nulidad del documento, ni tampoco imposibilita dicha inscripcion, porque segun los artículos 9 y 30 de la misma, la expresion del valor no es requisito esencial para la validez de una inscripcion de hipoteca cuando no resulte aquél del título. Si el registrador devolvió la escritura porque adolecía de algunos defectos subsanables que expresó en un papel informal, sin extender nota alguna de suspension ó de negacion de inscripcion al pié del documento, faltó á lo dispuesto en los últimos párrafos del artículo 189 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 1. Febrero 1875).

(c) La omision del nombre y apellido de la persona á cuyo favor se hizo la inscripcion, produce la nulidad de ésta, con arreglo á los artículos 9.°, circunstancia 5.ª, y 30 de la ley Hipotecaria, no pudiendo subsanarse sinó en el modo y forma que determina el art. 258 de la propia ley. Como no se puede hacer constar en el Registro el nombre y apellido del sucesor inmediato á cuyo favor se inscribió la adjudicacion miéntras no se cumpla con lo dispuesto en el art. 258, es inoportuna y extemporánea la calificacion de los documentos presentados. (La facultad de recurrir gubernativa ó judicialmente contra la calificacion de los títulos hecha por el Registrador, se concede sólo á los interesados.) (Res. Dir. Gen. 21 Enero 1875.)

No habiéndose designado en la escritura de poder la persona del mandatario de la manera prevenida en el art. 19 de la Instruccion, esta falta no ha podido subsanarse por la simple manifestacion del mismo al otorgar la carta de pago, porque la enumeracion de las circunstancias omitidas tiene por objeto determinar con toda exactitud la persona á quien se confiere el poder, cuya determinacion corresponde exclusivamente al mandante (Res. Dir. Gen. 23 Junio 1874).

Si la escritura de préstamo expresa todas las circunstancias enumeradas en el art. 4.° de la Instruccion sobre la manera de redactar los documentos sujetos al Registro, el no reunir el poder todas estas circunstancias respecto del mandatario no constituye defecto en el título, si se determina claramente la persona á quien se confiere, no pudiendo invocarse contra esta doctrina la consignada en la resolucion de este centro de 23 de Junio de 1874, porque en ella no aparecía determinada con exactitud la persona. En el supuesto de que constituyera un defecto en el título la omision referida, podría subsanarse probando la identidad de la persona, ó con la presentacion de nuevo poder (Resolucion Dir. Gen. 13 Setiembre 1876).

Siendo el consentimiento requisito esencial de todos los contratos y pudiendo manifestarse esto de un modo expreso ó tácito, y hasta presunto, no es posible dudar que puede el comprador hacerse representar por un mandatario, sin que conste el oportuno poder acreditativo de sus facultades, cuya clase de mandato es perfectamente legal, con arreglo á la ley 24, tít. XII, Partida 5.ª, y, por lo tanto, suficiente

para la compra-venta, siempre que la persona á cuyo nombre se ha obrado manifieste de una manera positiva su aquiescencia y voluntad, que es lo que en este caso ha sucedido, y se desprende de los hechos al poseer la casa á título de su dueño (Res. Dir. Gen. 27 Marzo 1878).

Con arreglo al art. 9.°, circunstancia 5.ª de la ley Hipotecaria, y 25, núm. 9.° de su Reglamento, la designacion de la persona á cuyo favor se hace una inscripcion, ha de hacerse segun conste del título, expresando su nombre y apellido si fuere aquella determinada, y en otro caso, el nombre de la corporacion ó el colectivo de los interesados (Res. Dir. Gen. 29 Abril 1880).

Artículo 1891.—En la inscripcion de los contratos en que haya mediado precio ó entrega de metálico, se hará mencion del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiese hecho ó convenido el pago.

ORÍGENES

Art. 10, ley Hipotecaria.

Artículo 1892.—Si la inscripcion fuere de traslacion de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando el precio al contado ó á plazos; en el primer caso, si se ha pagado todo el precio, ó qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago.

Iguales circunstancias se expresarán tambien si la traslacion de dominio se verificare por permuta ó adjudicacion en pago, y cualquiera de los adquirentes quedare obligado á abonar al otro alguna diferencia en metálico ó efectos.

ORÍGENES

Art. 11, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Desde el momento en que el Estado autoriza la inscripcion de la venta de bienes nacionales y de las hipotecas constituídas á la seguridad del precio no satisfecho, entra en las condiciones del derecho comun á todos los ciudadanos, y someten su virtud dichos bienes á las prescripciones de la ley Hipotecaria sobre trasmision y gravámen de los inmuebles. Con arreglo á esta doctrina, que es la consignada en Real órden de 26 de Julio de 1875, los contratos otorgados á nombre del Estado que hayan de inscribirse, deben expresar por lo ménos todas las circunstancias que deba contener la inscripcion y sean relativas á las personas de los otorgantes, las fincas y los derechos inscritos. El no expresarse en la escritura la parte no satisfecha del precio de cada una de las fincas, la cantidad por que han de responder individualmente en virtud de la hipoteca sobre ellas constituída, son defectos que impiden la inscripcion, con arreglo á los artículos 11 y 119 de la ley Hipotecaria y 99 del Reglamento. Para la debida inscripcion de la escritura, y á los efectos del art. 24 del Reglamento, se ha debido expresar con claridad que el Estado dividía las fincas para la venta, vendiendo la parte de cada una de ellas á distintos compradores; cuya omision, así como la de señalar con número equivocado una finca, constituyen otros tantos defectos (Resolucion Dir. Gen. 29 Setiembre 1877).

Artículo 1893.—Las inscripciones hipotecarias de créditos expresarán, en todo caso, el importe de la obligacion garantida y el de los intereses, si se hubieren estipulado, sin cuya circunstancia no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses en los términos prescritos en la presente ley.

ORÍGENES

Art. 12, ley Hipotecaria.

Artículo 1894.—Las inscripciones de servidumbre se harán constar:

1.° En la inscripcion de propiedad del predio sirviente.

2.° En la inscripcion de propiedad del predio dominante.

ORÍGENES

Art. 13, ley Hipotecaria.

Artículo 1895.—La inscripcion de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare, con las formalidades debidas, el nombre de

la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos á inscripcion.

Si hiciere el fiduciario aquella declaracion, se verificará la inscripcion desde luégo á nombre del fideicomisario.

ORÍGENES

Art. 14, ley Hipotecaria.

Artículo 1896.—Las inscripciones de las ejecutorias mencionadas en el núm. 4.° del art. 1883 (2.° de la ley), y en el art. 1887 (5.° de esta ley), y las anotaciones preventivas de las demas á que se refiere el núm. 5.° del art. 1933 (42 de la ley), expresarán claramente en ella la especie de incapacidad que de dichas ejecutorias ó demandas resulte.

ORÍGENES

Art. 15, ley Hipotecaria.

Artículo 1897.—El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias de los actos ó contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisicion del derecho, ó bien por una nueva inscripcion á favor de quien corresponda, si la resolucion ó rescision llega á verificarse.

Tambien se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen, ó el Juez ó el Tribunal lo mande, el pago de cualquiera cantidad que haga el adquirente, despues de la inscripcion, por cuenta ó saldo del precio en la venta ó de abono de diferencias en la permuta ó adjudicacion en pago.

ORÍGENES

Art. 16, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El título de herencia puede inscribirse sin que conste la aceptacion de la misma, segun doctrina constante de esta Direccion, pues que este último hecho constituye jurídicamente una condicion suspensiva de la perfecta trasmision del dominio, que, una vez cumplida, se retrae á la fecha en que se verificó aquélla; y con arreglo al art. 16 de la ley Hipotecaria son inscribibles los título traslativos de dominio sujetos á condiciones suspensivas (Res. Dir. Gen. 25 Agosto 1879).

Artículo 1898.—Inscrito ó anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ó anotarse ningun otro de fecha anterior, por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble *(a)*.

Si sólo se hubiere extendido el asiento de presentacion del título traslativo del dominio, no podrá tampoco inscribirse ó anotarse ningun otro título de la clase ántes expresada, durante el término de treinta días, contados desde la fecha del mismo asiento *(b)*.

ORÍGENES

Art. 17, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

(a) Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, expresamente consignada en el art. 35 del Reglamento, la prohibicion de inscribir en el Registro títulos de fecha anterior á la del último inscrito establecida en el art. 17 de la ley, debe entenderse sin perjuicio de la facultad que el art. 392 de la misma concede á los dueños de inmuebles ó derechos reales adquiridos y no inscritos ántes del dia 1.° de Enero de 1863 para registrar los títulos que no hayan sido presentados en tiempo oportuno (Res. Direccion Gen. 22 Febrero 1878).

(b) Consignado en la ley Hipotecaria el principio de que la fecha legal de todas las inscripciones en general es la del asiento de presentacion en el Registro de los títulos que á las mismas se refieran, y no siendo posible en la mayor parte de las oficinas hacer las inscripciones principales en el mismo día de su presentacion, se atribuye por una parte á aquellos asientos los efectos de las inscripciones, y se limitan los mismos á plazo determinado, dentro del cual han de quedar definitivamente despachados. El art. 17 de la ley declara que extendido el asiento de presentacion de un título, no podrá inscribirse ni anotarse ningun otro de fecha anterior por el cual se trasmita ó

grave la propiedad del mismo inmueble duran-el término de treinta días. Dedúcese de aquí: primero, la necesidad de inscribirlo dentro de dicho plazo, como dispone el art. 16 del Reglamento; segundo, que trascurrido este término sin extenderse el asiento principal á que se refiere el de presentacion, podrá inscribirse otro título de fecha anterior. El término de treinta días es fatal é inprorogable, fuera de los casos expresos en los artículos 66 y 246 de la ley; de tal suerte, que el registrador debe extender, al márgen de los asientos de presentacion, las correspondientes, notas, segun los artículos 185, 186 y 187 del Reglamento general. Caducado el asiento de presentacion sin haberse practicado la inscripcion ó anotacion correspondiente por culpa ó negligencia del registrador, debe presentarse de nuevo el documento en el Registro para que pueda inscribirse ó anotarse (Res. Dir. Gen. 24 Junio 1874).

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el art. 312 de su Reglamento, los que tengan á su favor inscripciones en el Registro anteriores á 1.° de Enero de 1863 que carezcan de alguna de las circunstancias que exigen los artículos 7.° al 13 de la ley, pueden solicitar su traslacion á los nuevos Registros con la adicion de que trata el art. 21 del propio Reglamento, sin que para usar de tal facultad imponga dicha ley limitacion ni restriccion de ninguna especie. No debe aplicarse á esta materia la prohibicion del art. 17 de dicha ley, de inscribir títulos de fecha anterior á la última que esté inscrita, tôda vez que no se hace en ella expresa mencion de la traslacion de los asientos antiguos defectuosos, y que, en caso de estimarse aplicable por analogía, debía entenderse con las excepciones de los artículos 389 y 392 de la ley, y reproducidas en el art. 37 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 15 Julio 1878).

La prohibicion consignada en el art. 17 de la ley Hipotecaria es inaplicable al caso en que los títulos inscritos en el Registro, si bien de fecha posterior á 1.° Enero 1863, no son *traslativos* del dominio del inmueble, sinó de la simple posesion (Res. Dir. Gen. 27 Enero 1880).

Artículo 1899.—Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripcion, y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras.

ORÍGENES

Art. 18, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA.

La circunstancia accidental de no haberse extendido una escritura en el papel sellado correspondiente no afecta á su esencia y verdad (Sent. 26 Febrero 1867).

El embargo no és causa para denegar una inscripcion, por más que sea ilegal y nula la venta cuya declaracion no corresponde á los registradores (Sent. 28 Mayo 1874).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La escritura de venta de bienes parafernales otorgada en Cataluña por una mujer casada sin la intervencion de su marido, es inscribible (Res. Dir. Gen. 29 Abril 1865).

La escritura en que los cónyuges aragoneses declaran que los bienes que poseen el dia del otorgamiento, y los que en lo sucesivo adquieran, se entienden propios de ambos otorgantes por mitad, así con hijos como sin ellos, es inscribible siempre que se cumpla lo dispuesto en el párrafo 2.°, art. 21 de la ley Hipotecaria, porque segun la legislacion particular de Aragon, pueden establecer marido y mujer los pactos que acuerden sobre los bienes de cada uno *de palabra ó por escrito, ántes ó despues de contraído el matrimonio*, y porque la co-posesion de las fincas cedidas se deduce del hecho de pagar contribucion á título de dueños ambos cónyuges (Res. Dir. Gen. 31 Diciembre 1873).

El art. 18 de la ley Hipotecaria impone á los registradores el deber de calificar, bajo su responsabilidad, las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicita la inscripcion y la capacidad de los otorgantes, hallándose comprendidas, segun la doctrina establecida por la Direccion, en el sentido del expresado artículo las calificaciones que deben hacer los registradores acerca de la naturaleza y requisitos de los documentos necesarios para la inscripcion de cualquier acto ó contrato relativo á bienes inmuebles y acerca de la capacidad, competencia ó derecho que para celebrarlo tengan las personas que aparezcan como otorgantes. No es lícito á los registradores consultar las dudas que tengan al hacer las expresadas calificaciones, pues subordinando en este caso su resolu-

cion á la dictada por sus superiores, no podria exigírseles la responsabilidad á que la ley les sujeta, con lo cual se infringiría lo dispuesto en el art. 18 y lo prevenido en el 221 del Reglamento general (Res. Dir. Gen. 17 Setiembre 1874).

Los registradores son competentes, no sólo para calificar las formas extrínsecas de los documentos y la capacidad de los otorgantes con arreglo al art. 18 de la ley, sinó que tienen igual competencia para calificar la nulidad ó validez de los pactos, contratos y obligaciones consignados en aquellos títulos: porque imponiéndoles el art. 65 de la propia ley la obligacion de negar la inscripcion de los documentos que adolecen de faltas insubsanables, que son las que producen necesariamente la nulidad de la obligacion, es de suma evidencia que para poder cumplir este deber han de calificar previamente la validez de la obligacion consignada en el título y rechazar su inscripcion cuando fuere aquella nula, conforme á lo dispuesto en el primer párrafo del art. 57 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 12 Noviembre 1874).

Las atribuciones concedidas por la ley Hipotecaria á los registradores para calificar los documentos que se presentan á inscripcion no están consignadas solamente en el art. 18, que impone á dichos funcionarios la obligacion de calificar bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras y la capacidad de los otorgantes, ni tampoco los artículos 19, 100 y 101 de la misma ley, 36, 37, 82 y 221 del Reglamento, sinó que aquellas atribuciones se hallan ademas consignadas en otros artículos, cuyo exámen completo y armónico produce el convencimiento de que entre las facultades que la ley concede á los registradores, se encuentra tambien la de calificar las formas intrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite inscripcion ó cancelacion. Al determinar el art. 65 de la ley lo que son faltas subsanables y no subsanables, ordena que si se presentaren títulos que adolecieren de las primeras, que son las que se relacionan con las formas extrínsecas, debe el registrador suspender la inscripcion y extender la anotacion preventiva del título, si no la solicita el interesado; y que si las faltas notadas son de las no subsanables, entendiéndose por tales las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligacion, debe el registrador denegar la inscripcion, sin poderse verificar anotacion preventiva. Lo dispuesto en el citado art. 57 del Reglamento, al ordenar que para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean ha de atender el registrador á la validez de la obligacion consignada en el título, demuestra evidentemente que los funcionarios de que se hace mérito están autorizados para examinar tambien las formas intrínsecas ó esenciales de los títulos inscribibles, ó que produzcan cancelacion de otros, lo cual se corrobora y confirma con la disposicion del art. 58 del Reglamento, que impone á los registradores la obligacion, no sólo de negar la inscripcion de todo título que tenga faltas subsanables ó no subsanables, sinó la de remitir el documento presentado á la autoridad judicial cuando del exámen de aquél aparezca haberse cometido algun delito. Apoyan esta doctrina los artículos 313 de la ley y 10 del Reglamento, que impone á los registradores una responsabilidad especial, exigible primero de su fianza, y segundo de sus bienes, por negarse á inscribir ó anotar preventivamente los títulos que se presentaren en el Registro, porque, atendida esta responsabilidad que alcanza á la negativa de inscripcion de todo título, cualquiera que sea su clase, se daría repetidamente el caso de que si no estuviesen facultados dichos funcionarios para calificar las formas intrínsecas de los títulos, cada negativa de inscripcion de éstos podría producir una demanda de responsabilidad contra aquéllos, ó tal vez resultaría que para salvarse ellos mismos de esta responsabilidad inscribieran documentos esencialmente nulos, creando gravísimas dificultades contra derechos legítimos. El objeto de la ley Hipotecaria nó fué crear una estadística mas ó ménos exacta del movimiento general de la propiedad, sinó que su fin principal fué el de asegurar los derechos particulares de cada uno de los que poseen y son dueños de bienes inmuebles y derechos reales; y bajo este supuesto, si los dueños de fincas y de derechos reales han de tener la debida garantía, necesario es que no se consideren los Registros como meras oficinas de enumeracion de la propiedad, ni á los registradores como oficiales de una dependencia administrativa cuyas operaciones estuviesen dedicadas exclusivamente á guardar el órden numérico de las fincas ó derechos consignados en sus libros, así como de las transacciones á que diesen lugar, pues tal se consideraría aquellas oficinas si no se hubiese facultado á dichos funcionarios para conocer de la validez de las obligaciones ó derechos inscribibles, examinando, por lo tanto, las formas intrínsecas de los títulos que se presen-

tan en los Registros. Teniendo presente la regla de derecho de que donde la ley no distingue no deben hacerse distinciones, los registradores tienen facultad para calificar todos los títulos ó documentos que se presenten en el Registro, sin distincion alguna, y admitir ó negar en su consecuencia la inscripcion de los mismos, por lo cual son competentes para calificar, no sólo los documentos autorizados por notario, sinó por cualquier otro funcionario público del órden administrativo ó judicial, tanto en lo relativo á las formas extrínsecas como á su contenido. La ley reconoce y proclama la alta mision confiada á los registradores, en el mero hecho de exigir para el desempeño de estos cargos requisitos especiales y severas pruebas de aptitud, necesaria en concepto de los autores de la ley, porque el registrador, llamado á resolver graves y complicadas cuestiones de derecho, necesita muchos conocimientos jurídicos, los cuales exigen para ejercer atribuciones más difíciles que las de calificar las formas extrínsecas de los documentos. La competencia de los registradores para calificar la validez de los documentos que se presenten á inscripcion alcanza tambien á los actos en que interviene la autoridad judicial, porque ademas de que ningun artículo de la ley ni del Reglamento prohibe á los funcionarios de que se trata aquella calificacion, si por el contrario se les niega semejante facultad, se infringirían varios artículos de la ley Hipotecaria, entre ellos los que se refieren á la responsabilidad que contraen los registradores al extender los asientos en el Registro, y se lograría la inscripcion de cualquier documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdiccion voluntaria; con lo cual, y atendido lo dispuesto en el título I, parte 2.ª de la ley de Enjuiciamiento civil, se abrirían los libros del Registro á todo género de títulos y documentos que de otro modo serían rechazados. Tampoco está en oposicion aquella facultad con el respeto que merecen las ejecutorias de los Tribunales y la inviolabilidad de la cosa juzgada, porque no teniendo todos los fallos judiciales ese elevado carácter, sinó sólo aquellos que reunen las condiciones que exigen las leyes 13, 19, 21 y 22, tít. XXII, Partida 3.ª, confirmados por la doctrina del Tribunal Supremo, es evidente que, á excepcion de las sentencias que reunan las condiciones de verdadera y firme ejecutoria, y tienen, por consiguiente, la misma fuerza que una ley en los negocios sobre que recae, en todos los demas fallos y actos judiciales cabe la calificacion del registrador, por lo mismo que á pesar de tales fallos puede promoverse un nuevo y verdadero juicio, en el que deberá ventilarse la procedencia ó improcedencia de la calificacion hecha por el registrador, mayormente cuando esta apreciacion no excluye la accion de los Tribunales, y sus efectos, en todo caso, están limitados á negar la inscripcion del documento de que se trata. El art. 66 de la ley Hipotecaria ninguna diferencia establece en órden á los casos que pueden promoverse, ya sea la negativa del registrador debida á defectos en las formas extrínsecas de los títulos, ya prevenga de haber notado faltas en las intrínsecas ó esenciales á la misma obligacion.

Pero la facultad concedida por dicho artículo á los interesados, en armonía con el derecho comun para recurrir, sin perjuicio de la reclamacion gubernativa, á los Tribunales á contender sobre la validez ó nulidad de los documentos ó de la obligacion, no se refiere ni puede referirse á los recursos que se intenten contra los registradores, porque miéntras no haya partes que entre sí contiendan, no puede haber procedimiento judicial, y la cuestion suscitada entre el interesado y el registrador acerca de la validez ó nulidad de un documento, sólo puede resolverse en la vía gubernativa.

Finalmente, el carácter especial que distingue á los registradores y el órden jerárquico establecido para decidir de la legalidad de sus actos, así como para la inspeccion de los servicios que le están encomendados y á cuya cabeza se encuentra la Direccion general, dan la norma para resolver que cuanto se refiere á las funciones de aquéllos en el punto concreto de la cuestion es gubernativo, y por consiguiente que son procedentes los recursos gubernativos que se promovieren contra la calificacion de los títulos hecha por los registradores. Demostrado que con arreglo á la ley está entre las atribuciones de los registradores la de conocer de las formas intrínsecas de los títulos, cualquiera que sea la autoridad ó funcionario que las haya expedido para su calificacion é inscripcion respectivas, es evidente que contra todo acuerdo denegando la inscripcion ó cancelacion, podrán los interesados reclamar en la misma forma y por los mismos trámites que se hallan establecidos para alzarse de las negativas que se originen de faltas en las formas extrínsecas de los documentos (Res. Dir. Gen. 24 Noviembre 1874).

Cualquiera que sea la opinion del registrador

sobre los efectos de una condicion suspensiva, debe reputarse válida y subsistente para su inscripcion, miéntras no se presente la oportuna declaracion de nulidad, sin que ésta pueda obtenerse gubernativamente; pues si bien los registradores están facultados para calificar la nulidad ó validez de los contratos sujetos á Registro, y por consiguiente de las condiciones puestas en los mismos que producen esta nulidad, no lo están para declarar la nulidad de aquellas que, como la de que se trata, no vician ni anulan el legado que se pretende inscribir (Res. Dir. Gen. 20 Febrero 1875).

El registrador debe hacer la calificacion de los documentos necesarios para solicitar la inscripcion de un terreno concedido en la playa para establecer baños, bajo su exclusiva responsabilidad, con arreglo al art. 18 de la ley Hipotecaria, y resolver por sí mismo las dudas que se le ofrezcan, sin que le sea lícito consultarlas, como está declarado y resuelto de una manera terminante en el art. 221 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 23 Marzo 1875).

Al calificar los registradores y sus superiores jerárquicos en el órden administrativo los documentos expedidos por los Tribunales, en cumplimiento del deber que les impone la ley Hipotecaria, no examinan los fundamentos de la sentencia, auto ó providencia cuya inscripcion se solicita, sinó que se limitan á examinar la naturaleza del mandato judicial y del juicio ó procedimiento en que ha recaído, para apreciar el carácter de las mismas, y los efectos que las leyes atribuyen en cada caso á dichos mandatos en todo lo relativo á la adquisicion, trasmision y gravámen de la propiedad inmueble (Res. Dir. Gen. 15 Octubre 1875).

La fuerza y valor de un documento público no pueden ser apreciados por el registrador ni por sus superiores jerárquicos en el órden administrativo, porque carecen de competencia para declarar la nulidad de los contratos en escritura pública y la de sus inscripciones hechas en el Registro, lo que es propio de los Tribunales en el juício respectivo (Res. Dir. Gen. 16 y 25 Noviembre 1875).

Si bien los registradores están facultados para calificar bajo su responsabilidad, y sin perjuicio de los recursos que establece la ley Hipotecaria, los documentos de toda clase que se presentan á inscripcion, no sólo en cuanto á sus formas extrínsecas, si que tambien á su contenido, dicha facultad no puede entenderse sin limitacion alguna, tratándose de los autorizados por los Tribunales, los cuales, dentro de su esfera propia y bajo su responsabilidad, son los llamados á resolver las cuestiones particulares y arreglar el órden del procedimiento con sujecion á las leyes vigentes, por cuya razon los registradores como funcionarios administrativos, al tratarse de estos últimos actos, no examinan el fundamento de la sentencia, auto ó providencia que interesa, ni tampoco si se ha observado el órden riguroso del procedimiento, sinó que se limitan á examinar la naturaleza del mandato y la del juício ó procedimientos en que hubiese recaido para apreciar su carácter y efectos segun los casos, todo sin perjuicio de la calificacion que deben hacer de la competencia de los Jueces ó Tribunales que ordenasen la cancelacion de una inscripcion ó anotacion (Res. Dir. Gen. 10 Abril 1876).

Es improcedente la pretension formulada ante la Direccion para que el registrador indemnice de los gastos que ha ocasionado su negativa, porque al calificar dicho funcionario el documento presentado y al sostener su calificacion en la vía gubernativa, léjos de incurrir en falta alguna, se ha limitado á ejercer las atribuciones que la ley Hipotecaria le confiere con arreglo á la doctrina consignada en la Exposicion de motivos que precede al Real decreto de 25 de Octubre de 1875 (Res. Dir. Gen. 3 Junio 1876).

El haber acordado un juez, en la tramitacion de un juício, la protocolizacion de unas particiones contra lo dispuesto en el art. 76 del Reglamento, no constituye defecto que produzca nulidad de la providencia judicial ni de los actos notariales ejecutados en su cumplimiento, porque para ello era necesario que existiese alguna disposicion legal que declare expresamente dicha nulidad que no existe (Res. Direccion Gen. 5 Julio 1875).

Al registrador sólo corresponde hacer la calificacion del documento despues de extendido el asiento de presentacion, y dentro del término que señala el art. 16 del Reglamento, para el efecto de practicar, suspender ó negar la inscripcion del título presentado (Res. Dir. General 25 Noviembre 1876).

Conforme con la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el art. 4.° de su Reglamento, son inscribibles las adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, hechas por inmediatos sucesores á los mismos, y todos los demas actos y contratos que sin tener nombre propio por derecho, mo-

difiquen desde luégo y en lo futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales (Res. Dir. Gen. 20 Diciembre 1877).

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el art. 37 de su Reglamento, se consideran faltas subsanables de los documentos y escrituras las que afecten á la validez de los mismos, segun las leyes que determinan las formas de los instrumentos y las circunstancias y requisitos que debe comprender cada inscripcion bajo pena de nulidad. El no haberse extendido la copia en el papel sellado que segun el registrador debió haberse empleado, no afecta en ningun caso á la validez del instrumento, y por lo tanto no se halla comprendido entre los defectos que segun la ley Hipotecaria impiden la inscripcion.

Las infracciones de la legislacion del papel sellado, y especialmente del decreto de 12 de Setiembre de 1861, se castigan con el reintegro, lo cual deberá exigirse gubernativamente. Con arreglo á esta legislacion, el registrador debió abstenerse de practicar la liquidacion en concepto de liquidador; pues obrando así, ademas de cumplir lo dispuesto en el art. 88 del mencionado decreto, hubiera podido dar conocimiento á las autoridades á fin de que resolviesen lo procedente. Por último, habiéndose cometido en la copia de la escritura una defraudacion al Estado segun el registrador, y prohibiendo el art. 88 citado que se admitan en ninguna oficina documentos que no se hallen extendidos en el papel sellado correspondiente, existe una imposibilidad para la inscripcion definitiva del título miéntras no se decida acerca del fundamento y existencia de la relacionada defraudacion (Res. Dir. Gen. 31 Mayo 1878).

Segun el terminante precepto contenido en el art. 1.° de la Real órden de 28 de Agosto de 1876, los trámites que deben seguirse para conceder á los padres la autorizacion que necesitasen en caso de vender, gravar ó de cualquier modo enajenar los bienes raíces de sus hijos no emancipados, son los señalados en el artículo 1208 de la ley de Enjuiciamiento civil, entre los cuales no se hallan los de avalúo y subasta. Ha incurrido en error el registrador al pretender aplicar á estas autorizaciones los trámites del art. 1405 y siguientes de la propia ley, que sólo son aplicables á las ventas de los que se hallan en tutela ó curatela, pero no á los que se hallan constituidos bajo la patria potestad (Res. Dir. Gen. 12 Junio 1878).

La escritura de venta de una finca procedente de mayorazgo en que concurren el poseedor y el inmediato sucesor, es válida siempre que éstos tengan la libre disposicion de sus bienes, y porque no puede negarse que la persona representante de la comision de acreedores tenía facultad para la cancelacion de la hipoteca, toda vez que componiéndose de tres la comision, el fallecimiento de uno no es causa para considerarla extinguida, hallándose los dos representantes conformes. Hallándose emancipado el inmediato sucesor, ha podido, en compañía de su padre, poseedor actual de los vínculos, alterar válidamente la division y particion que de aquéllos se había practicado, sin necesidad de autorizacion judicial, la cual es indispensable sólo con arreglo á las leyes desvinculadoras cuando el inmediato se halla incapacitado ó fuese desconocido (Res. Dir. Gen. 3 Julio 1878).

No ha incurrido el notario en las infracciones de la ley y de la instruccion para redactar instrumentos públicos sujetos á Registro, toda vez que ha consignado el estado civil del otorgante, ha copiado la oportuna cláusula del poder para vender, y no ha podido hacer mencion de la clase de peculio por tratarse de hijos que están fuera de la patria potestad (Res. Dir. General 12 Agosto 1878).

Conforme á la doctrina de la ley Hipotecaria, la Direccion sólo tiene competencia para conocer en última instancia de las reclamaciones formuladas contra los registradores por negarse á inscribir ó anotar un documento, y de ningun modo para conocer de aquellas en que se pretende que se ordene á los mismos que suscriban un documento y denieguen la inscripcion de otro ántes de que ellos los califiquen y extiendan la correspondiente nota. Este recurso es improcedente, por carecer de personalidad el solicitante, y extemporáneo en cuanto tiene por objeto pedir la inscripcion de la escritura otorgada por el juez, debiendo proceder la calificacion del registrador y de los trámites prevenidos en el Real decreto de 3 de Enero de 1876 (Res. Dir. Gen. 12 Octubre 1878).

Si la cláusula inserta en el poder autoriza al apoderado para hacer arrendamientos por el tiempo y forma que crea convenir, no le autotoriza expresamente para cancelar hipotecas constituidas en garantía de aquéllos (Res. Direccion Gen. 8 Noviembre 1878).

Dictada una sentencia ejecutoria por los Tribunales, no cabe discutir, como intenta el re-

gistrador, acerca de la fuerza y eficacia de dicha sentencia, sinó procurar su cumplimiento, en justo respeto á la autoridad de la cosa juzgada, miéntras un verdadero obstáculo, emanado de la ley Hipotecaria, á que deben ajustar su conducta aquellos funcionarios, no impida su ejecucion (Res. Dir. Gen. 28 Febrero 1878).

Una vez calificada la escritura de venta judicial, no procede formular ni resolver consulta alguna sobre su inscripcion, sin perjuício de los recursos que los interesados crean conveniente promover contra la calificacion, sin que proceda resolver por consulta la admision ó denegacion de inscripcion de la escritura, pues que se trata de la calificacion del derecho del vendedor, lo cual es de la exclusiva competencia del Registrador, conforme á la doctrina del art. 18 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 10 Marzo 1879).

Segun el art. 18 de la ley Hipotecaria, los Registradores deben calificar la capacidad de los otorgantes *por lo que resulte* de las mismas escrituras (Res. Dir. Gen. 23 Mayo 1879).

Los registradores deben calificar la capacidad de los otorgantes y las formas internas ó externas de los documentos por lo que resulte de los que fuesen presentados para su inscripcion ó estuvieren anteriormente inscritos, por cuya razon no puede apreciarse en el presente caso el documento contenido en el testimonio que ha remitido el mismo registrador á esta Superioridad, supuesto que no consta le haya sido presentado para ser inscrito ó anotado en los libros del registrador (Res. Dir. Gen. 8 Agosto 1879).

Segun terminante precepto del art. 18 de la ley Hipotecaria, los registradores sólo deben calificar la capacidad de los otorgantes *por lo que resulte* de las mismas escrituras. (Res. Direccion Gen. 19 Diciembre 1879).

El no haberse protocolizado un auto judicial por el que fué aprobada la rectificacion de la division y adjudicacion de los bienes de una herencia, no constituye un defecto en el mismo que impida su inscripcion, con arreglo á la doctrina de los artículos 18 y 65 de la ley Hipotecaria, y 37 de su Reglamento.

Habiéndose celebrado el expresado acto de rectificacion de una particion anteriormente inscrita por todos los partícipes en el patrimonio comun, han ejercido éstos su derecho legítimo siempre que los bienes sobre que recae dicha rectificacion sigan en poder de los interesados y no se atribuya á la misma un efecto retroactivo (Res. Dir. Gen. 2 Marzo 1880).

Cuando de los términos y condiciones del contrato resulta que su naturaleza jurídica es distinta del de constitucion de un censo vitalicio, áun cuando los otorgantes hayan usado de las palabras *censo vitalicio*, esta circunstancia no basta por sí sola para calificar definitivamente el contrato, porque en el presente caso los otorgantes emplearen á la vez las palabras de *vender* y *ceder* varias fincas, las cuales no están en conformidad con la verdadera naturaleza del pretendido contrato de censo vitalicio.

En vista de esta contradiccion en los términos empleados por los otorgantes, y atendida la dificultad de encontrar nombre propio y adecuado, ha debido el registrador prescindir de aquellos términos y buscar en el contenido de todo el instrumento la verdadera esencia jurídica del contrato para calificar su validez ó nulidad, con arreglo á los principios generales del derecho (Res. Dir. Gen. 7 Junio 1880).

Artículo 1900.—Cuando el registrador notare falta en las formas extrínsecas de las escrituras, ó de capacidad en los otorgantes, la manifestará á los que pretendan la inscripcion, para que, si quieren, recojan la escritura y subsanen la falta en el término que duran los efectos del asiento de presentacion, segun el art. 1898 (17 de la ley) y si no recogen la escritura ó no subsanan la falta á satisfaccion del registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuício de hacer la anotacion preventiva que ordena el art. 1923 (42 de la ley) en su número octavo, si se solicita expresamente.

En el caso de no hacerse la anotacion preventiva, el asiento de presentacion del título, continuará produciendo sus efectos durante los treinta días ántes expresados.

ORÍGENES

Art. 19, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina general consignada en los artículos 19 y 66 de la ley Hipotecaria, y 57 del Reglamento, únicamente los interesados pueden reclamar gubernativamente contra la cali-

ficacion de los títulos hecha por los registradores (Res. Dir. Gen. 31 Marzo 1876).

Segun la doctrina clara y terminante de la ley Hipotecaria, sólo procede el recurso gubernativo sobre inscripcion de algun documento en el Registro, cuando ésta ha sido denegada ó suspendida por los registradores de la propiedad en virtud de las facultades que para ello les concede expresamente la ley Hipotecaria. Las escrituras cuya inscripcion se solicita no han sido calificadas para el efecto de suspender, negar ó practicar la inscripcion con arreglo á la ley, porque la presentacion en el Registro de dichos documentos tuvo efecto con anterioridad á la misma ley, y en una época en que no existian los registradores; y áun cuando estuvieren desempeñados por registradores debían llevarse conforme á la legislacion entónces vigente. Con arreglo á esta legislacion, los contadores de hipotecas no tenían facultad para calificar la capacidad de las personas que otorgaban los instrumentos públicos, los requisitos esenciales y las formas extrínsecas de los mismos, ni para negar ó suspender la inscripcion, limitándose sus atribuciones á las de anotar los documentos presentados y liquidar el impuesto que devengasen como funcionarios dependientes del ministerio de Hacienda.

Bajo este supuesto, al estampar el contador de hipotecas las que aparecen al pié de las escrituras, no calificó los defectos ni pudo negar ó suspender la inscripcion, sinó que devolvió los documentos á los interesados en virtud de órdenes de la Administracion, por todo lo cual adolece este expediente de la falta de calificacion, sin la cual es improcedente el recurso gubernativo (Res. Dir. Gen. 14 Febrero 1877).

Los compradores de bienes raíces con el pacto de retroventa, tienen el carácter de dueños de bienes sujetos á condicion resolutoria, como lo confirma la doctrina del art. 109 de la ley Hipotecaria, al reconocerles la facultad de enajenarlos, y el art. 107 de la misma en su núm. 9.º, al señalar las limitaciones con que pueden hipotecarlos, lo cual demuestra de una manera decisiva que dichos compradores adquieren el dominio del inmueble con dicho pacto, ó un derecho real impuesto sobre el mismo, pues que segun el art. 106 de la propia ley, sólo son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles ó los derechos reales sobre ellos constituidos.

Siendo, por consiguiente, los unos menores dueños de ciertas fincas bajo la condicion resolutoria pactada, constituye la retroventa una verdadera enajenacion de inmuebles, sin que la causa, motivo ó razon que obligue á realizarla, altere su naturaleza jurídica.

Sea cualquiera la causa que exista para la enajenacion de bienes de menores, se han de observar las formalidades de la ley, y especialmente la autorizacion judicial, á la que debe preceder la demostracion de necesidad legal ó material de dicha enajenacion (Res. Dir. General 14 Enero 1876).

Segun la real órden de 28 de Agosto de 1876, en conformidad con la ley de Matrimonio civil, respecto de la facultad de los padres sobre los bienes del peculio adventicio de los hijos menores no emancipados, no están autorizados ni como simple administrador, ni cómo representante de la persona del hijo, para enajenar bienes raíces, ni consentir renuncia y extincion de derechos reales que formen parte del peculio, sin previa autorizacion judicial hecha con arreglo al art. 1.208 de la ley de Enjuiciamiento civil; requisito que deberá acreditarse al presentar los títulos en el Registro para su inscripcion.

Aun cuando la escritura reuna todas las circunstancias que bajo pena de nulidad debe contener el asiento de cancelacion respecto á los interesados, relativas á los otorgantes, á las fincas y á los derechos inscritos, no es título suficiente para verificar la inscripcion en cuanto á los derechos de los menores no emancipados, por carecer, con arreglo á la doctrina expuesta, de la capacidad necesaria la persona que la otorgó, no siendo responsable el autorizante de esta equivocada calificacion por la prioridad de la escritura, á la disposicion citada, siendo inscribible la misma, á tenor de lo dispuesto en la precitada disposicion, subsanados que sean los defectos. (Res. Dir. Gen. 30 Agosto 1876.)

Segun la doctrina de las leyes 7.ª, tít. II, y 10, tít. XX, lib. X, Nov. Rec., y de los artículos 45, 46 y 49 de la ley del Matrimonio civil, los menores de veinticinco años y mayores de diez y ocho que se hallan en curatela adquieren la libre administracion de sus bienes por el matrimonio, cesando de derecho el curador en el ejercicio de sus funciones. Contra esta doctrina no pueden prevalecer los argumentos utilizados por un registrador, y deducidos de los artículos 182 y 188 de la ley Hipotecaria, porque el primero atribuye al curador de la mujer, en el caso que lo tuviese, una intervencion extraordinaria en ciertos actos á que el marido viene

obligado, y el segundo se limita á declarar las formalidades que deben observarse en la enajenacion de los bienes dotales que resulten inscritos con esta cualidad, sin que sean aplicables dichos artículos de la ley Hipotecaria al caso en que ni se trate de exigir del marido la constitucion de hipoteca legal, ni de enajenar bienes inscritos como dotales. Segun lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la ley del Matrimonio, el marido mayor de diez y ocho años puede ejercer por sí, y sin obtener previamente venia ó autorizacion alguna, todos los derechos expresados en el citado art. 45 sobre la *persona* y *bienes* de su mujer, cualquiera que sea la edad de ésta, y entre aquellos derechos el de autorizar á su esposa *para celebrar los actos ó contratos que le sean favorables*, necesitando únicamente el marido el previo consentimiento de sus padres, ó la competente autorizacion judicial cuando no haya cumplido los diez y ocho años; de cuya doctrina se deduce que tampoco la mujer casada necesita obtener autorizacion alguna *por razon de su menor edad*, bastando sólo la del marido cuando éste sea mayor de diez y ocho años (Res. Dir. Gen. 3 Noviembre 1879).

Segun la legislacion foral aragonesa, los hijos menores de veinte años y mayores de catorce pueden vender válidamente sus bienes con sólo obtener el consentimiento de sus padres, ó del que de ellos haya sobrevivido; necesitando únicamente impetrar el consentimiento del juez ordinario cuando careciesen de padres, sin que sea aplicable lo dispuesto en el art. 1.º de la Real órden de 28 de Agosto de 1876, toda vez que esta disposicion se dictó con el fin de suplir la falta de capacidad del padre para enajenar los bienes de sus hijos *no emancipados*, que le niega la legislacion comun y le concede de una manera clara y terminante la legislacion foral de Aragon. Igualmente son inaplicables las disposiciones contenidas en el tít. XIII, segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil, porque tampoco lo serían en el supuesto de que el contrato se hubiera celebrado en territorio sujeto á la legislacion comun, como lo ha reconocido y declarado la Real órden de 28 de Agosto de 1876, al determinar un procedimiento especial para obtener la autorizacion judicial con el objeto de celebrar contratos de venta pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados (Res. Direccion Gen. 14 Noviembre 1879).

En una escritura de liquidacion y division de herencia, debe el notario autorizante consignar, prévia su justificacion, las circunstancias en virtud de las cuales han adquirido el carácter de herederas personas que no han sido designadas en el testamento, con el fin de que la division practicada fuese un acto válido y eficaz; por lo cual, habiendo omitido el notario la fecha del fallecimiento de un hijo de la testadora y las vicisitudes del hijo póstumo de que éste hizo mérito en su testamento, así como no habiendo expresado con la debida claridad que unas mismas fincas se adjudicaban á todos los herederos, ni la proporcion ó interes en que cada uno sea partícipe, adolece la escritura de defectos que justifican la nota de suspension puesta por el registrador (Res. Direccion Gen. 22 Noviembre 1879).

Las leyes 1.ª, 7.ª y 8.ª, tít. III, lib. X de la Nov. Rec., prohiben que la donacion que hace el esposo á la esposa por vía de arras pueda exceder en ningun caso de la décima parte de los bienes del donante, estableciendo ciertas formalidades para la celebracion de estas donaciones, imponiendo á los notarios que intervienen en tales actos varios deberes para impedir que se traspase aquel límite, y castigando ademas la infraccion de alguno de ellos con la privacion del oficio: una de estas solemnidades consiste en que los jueces practiquen las informaciones necesarias para averiguar si la cantidad entregada por vía de arras excede de la tasa legal.

La necesidad de cumplir con el requisito de la informacion judicial, exigido en las citadas leyes 7.ª y 8.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec., es inexcusable en el caso de tratarse de una donacion hecha por el marido teniendo hijos de otro matrimonio, y consistente en un inmueble que sin gravámen ni condicion alguna se pretende trasmitir á la futura esposa del donante, adquiriéndolo ésta con todos los efectos que produce la inscripcion, la cláusula consignada en la escritura relativa á la manera de dar validez al exceso que hubiere en la donacion de arras, no es bastante para dispensar del cumplimiento de aquella formalidad, toda vez que constituye por sí sola un acto jurídico de distinta naturaleza, que se rige por principios diferentes y que produce otros efectos (Res. Dir. Gen. 30 Enero 1880).

Uno de los requisitos esenciales para la validez de los instrumentos públicos de actos *inter vivos*, segun el precepto del art. 27 de la ley del Notariado, consiste en que el notario autorizante dé fe del conocimiento de los otorgantes, ó que supla esta diligencia en la forma

establecida en el art. 23 de aquélla. Segun dicho art. 23, la única manera de suplir la fe del conocimiento que debe dar todo notario, consiste en asegurarse de este conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales ó de otros dos que conozcan á las partes, llamados por lo tanto, testigos de conocimiento. El art. 69 del Reglamento del Notariado, refiriéndose á los casos expresados en el párrafo tercero del art. 23 de la ley, ordena lo que el notario ha de practicar cuando le sea imposible dar fe del conocimiento de los otorgantes, por no conocerlos ni poder ser estas partes testigos de conocimiento.

Los casos á que parece referirse el citado párrafo 3.° del art. 23 son únicamente los graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo *la fe de la vecindad de los otorgantes*, en cuyos casos deberán los notarios expresar cuanto de ellos les consten de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento. Examinadas las disposiciones del párrafo 3.° del art. 23 de la ley y el 69 del Reglamento, se advierte cierta contradiccion, pues miéntras el primero se refiere á la manera de suplir la falta de fe que tenga el notario sobre la vecindad y profesion de los otorgantes, el segundo se dirige á suplir la falta de fe del conocimiento de los mismos en el notario y en los testigos instrumentales, ó de conocimiento, y al paso que el precepto de la ley quiere que se supla aquella falta por lo que conste al notario de ciencia propia y lo que manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento, el precepto reglamentario se satisface con que se exprese en la escritura la imposibilidad de dar fe y de presentar testigos, y con que se reseñen los documentos acompañados por los otorgantes para identificar su persona.

Aun cuando se entienda ampliada la interpretacion del párrafo 3.° del art. 23 de la ley por el 69 de su Reglamento, en el sentido de que en los casos graves y extraordinarios pueda tambien prescindirse de la fe del conocimiento de los otorgantes, la verdad es que no puede tener exacta aplicacion al instrumento de que se trata, por no hallarse comprendido éste en los casos graves y extraordinarios á que se refieren las disposiciones citadas (Res. Direccion Gen. 17 Febrero 1880).

La designacion que se hace de una persona dando fe del conocimiento de ella, de su vecindad y profesion, y al mismo tiempo refiriéndose, por lo que hace á las circunstancias personales expresadas en la escritura, á lo que consta de la cédula personal del interesado, se ajusta á las disposiciones de la ley y reglamento del Notariado.

La legalidad de las escrituras ha de calificarse por los registradores segun lo que en las mismas resulte, conforme á lo terminantemente dispuesto en la ley Hipotecaria y su Reglamento, con arreglo á cuya doctrina no puede influir lo consignado respecto del verdadero nombre de aquel interesado en el mandamiento judicial á que alude el registrador, al efecto de impedir la inscripcion de que se trate (Resolucion Dir. Gen. 20 Febrero 1880).

Cuando al calificar el registrador la escritura de venta se ha limitado á examinar, por lo que de la misma resulta, si aparecen ó no cumplidos los requisitos prevenidos en el tít. XIII de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil para las enajenaciones á título oneroso de bienes de menores ó incapacitados, pero sin calificar los fundamentos que haya podido tener el juzgado para proveer en determinado sentido, no puede decirse que se haya extralimitado el registrador en el ejercicio de sus funciones.

Cuando dicha escritura ha sido otorgada despues de cumplidos los requisitos y trámites establecidos para las referidas enajenaciones, que son: autorizacion judicial, previa informacion de necesidad y utilidad y audiencia del promotor fiscal, avalúo por peritos de nombramiento judicial, pública subasta y adjudicacion al mejor postor, no puede influir en la validez y eficacia de lo actuado, el auto dictado con posterioridad, por el que se declaró nulo el remate verificado á favor de determinada persona pues que, atendido el carácter que tienen las providencias dictadas en los expedientes de jurisdiccion voluntaria, segun la regla 9.ª, art. 1208 de la citada ley, el mismo juez dejó implícitamente sin efecto dicho auto al admitir como rematante bajo el mismo precio y condiciones anunciadas en la subasta al actual comprador, sustituyendo de esta manera con provecho de todos la persona del adjudicatario que no estaba conforme en adquirir los bienes en las condiciones con que lo había hecho, evitándose tambien las dilaciones y gastos de una nueva subasta, que hubiera resultado en perjuicio de los intereses del incapacitado, en cuyo favor se exigen las formalidades y requisitos citados (Res. Dir. Gen. 29 Marzo 1880).

Artículo 1901.—El no hallarse inscrito el dominio de un bien inmueble ó derecho real

á favor de la persona que lo trasfiera ó grave, sin estar tampoco inscrito á favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripcion ó anotacion preventiva, si del título presentado ó de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio ántes del día 1.° de Enero de 1863; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisicion, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

En el caso de no resultar la fecha de la adquisicion, ó de ser posterior al expresado día 1.° de Enero de 1863, se suspenderá la inscripcion solicitada, tomándose anotacion preventiva, si lo pidiere el que presente el título, cuya anotacion subsistirá el tiempo designado en el art. 1977 (96 de la ley); y en el caso de no tomarse dicha anotacion, producirá el asiento de presentacion el efecto designado en el art. 1898 (17 de la ley).

ORÍGENES

Art. 20, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Hasta la publicacion de la vigente ley Hipotecaria, los documentos sujetos al Registro quedaban completamente habilitados si se registraban ántes de su presentacion en juicio. Esta habilitacion produce sus efectos con relacion á la fecha en que el documento se otorgó, y no á la en que se registró (Sent. 2 Abril 1869).

El art. 20 de la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, al disponer, obedeciendo al principio dominante en ella de no hacer obligatoria la inscripcion sinó confiarla á la conveniencia y voluntad de los interesados, que para subsanar la falta de inscripcion de dominio ó derecho de que se trate á favor de la persona que lo trasfiere ó grava, deberá hacerse previamente y en *cualquier tiempo* la inscripcion omitida, mediante la presentacion del título correspondiente, y en su defecto por medio de la informacion posesoria, no impidió ni coartó en lo más mínimo la libre enajenacion y sucesiva trasferencia de los bienes inmuebles y derechos reales, ni la facultad de los ulteriores adquirentes para subsanar las faltas que no hubiesen sido subsanadas por sus causantes, y mucho ménos puede atribuirse esta prohibicion al art. 20 de la ley Hipotecaria reformada, segun los términos en que está concebido (Sent. 5 Enero 1876).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Cuando el testador hace la sustitucion de heredero á favor de su alma, los bienes raíces de la testamentaría deben inscribirse á nombre del albacea (Res. Dir. Gen. 5 Setiembre 1863.)

Si no resulta previamente inscrita á favor de las personas que otorgan la escritura de venta el dominio de los bienes vendidos, sinó que aparecen inscritas á nombre de otra persona, no puede inscribirse, con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria, dicha escritura de venta. Debiendo hacerse constar al tiempo de verificarse la inscripcion de herencia á favor de los hijos de la testadora, si éstos se hallan ó no constituidos bajo la patria potestad del cónyuge viudo, y cuándo termina ésta, al efecto de expresar dicha circunstancia en la misma inscripcion, conforme á lo dispuesto en el art. 20 de la citada ley, y habiéndose omitido aquellas diligencias previas, no hay siquiera la posibilidad de admitir en el padre la representacion del hijo, y por consiguiente la capacidad legal necesaria para otorgar las escrituras de venta bajo dicho concepto.

La inscripcion de los bienes raíces que constituyen el peculio del hijo de familia á nombre de éste, y la expresion indicada, tienen por objeto, de un lado ofrecer al hijo una garantía en sustitucion de la que disfrutaba segun la antigua legislacion, en virtud de la hipoteca tácita sobre los bienes del padre y del beneficio de restitucion para reivindicar, en su caso, los de su peculio vendidos por éste, cuyas garantías ha derogado la ley Hipotecaria, como incompatibles con los efectos de la inscripcion, y de otro lado asegurar al padre los derechos de administracion y usufructo que en dichos bienes le correspondan. Una vez inscritos los bienes del peculio á nombre del hijo, el padre no puede trasmitir el dominio de ellos, porque no tiene éste derecho, segun los libros del Registro (Res. Direccion Gen. 25 Setiembre 1873).

No es motivo bastante para suspender la inscripcion de una escritura el que no aparezca previamente inscrito el dominio la finca á favor de la persona que constituye una hipoteca, siempre que no resulte tampoco inscrita á favor de otro (Res. Dir. Gen. 20 Mayo 1874.)

Al exigir el art. 20 de la ley las pruebas fe-

hacientes de la adquisicion, no impone la obligacion, cuando se trata de registrar una hipoteca, de extender un asiento ó inscripcion de dominio independiente del asiento ó inscripcion de dicha hipoteca, ántes bien lo prohibe claramente con las palabras: «pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisicion, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.» (Res. Dir. General 23 Mayo 1874.)

Un concursado cede todos sus bienes á una comision de sus acreedores y la faculta para proceder á la venta de los mismos, á cuyo acto concurrirá el deudor. Muere éste, y su viuda, nombrada albacea, vende una finca en union de la comision.

El registrador no inscribe por no estar inscrita la finca á nombre de la comision, y porque el comprador de la misma, siendo uno de tantos herederos de su padre, carece de facultades para cancelar el crédito hipotecario que éste tenía establecido. La Direccion funda la denegacion de la inscripcion en los siguientes razonamientos. Es principio general, declarado repetidas veces por la Direccion y contenido en la doctrina del art. 90 de la ley Hipotecaria, y formulado expresamente en el 20 del Reglamento, que el hallarse inscrito un inmueble á nombre de persona distinta de la que lo trasfiera ó grave, es motivo bastante para negar la inscripcion ó anotacion del título traslativo del dominio ó constitutivo del derecho real, con la sola excepcion establecida respecto á los títulos anteriores al año 1863, lo cual se funda en la necesidad legal de que aparezcan en el Registro, no sólo todas las trasmisiones del dominio de las fincas y de los derechos reales que tengan lugar por título universal ó singular, sinó los nombres de las personas en quienes resida la facultad de disponer de aquéllos.

La finca estaba inscrita á nombre de J. O., y su dominio se trasfería por personas distintas, como eran la comision liquidadora y el apoderado de la viuda de aquél, cuyas personas no habian inscrito el derecho que ellos ó sus representados hubiesen adquirido para enajenar los bienes inmuebles de J. O. El derecho adquirido por los acreedores de éste en virtud del convenio celebrado, no es de dominio ó propiedad sobre los bienes del deudor, pues segun las leyes primera y 2.ª, tít. XV, Partida 5.ª, el deudor que cede ó desampara sus bienes para pago de deudas, conserva el dominio de ellas, hasta el punto de poder revocar la cesion; y segun el convenio, J. O. debía recurrir al otorgamiento de la escritura de venta y percibir el sobrante que resultase, cubiertos los créditos, costas y gastos. Tampoco puede considerarse el derecho de los acreedores como una comision ó mandato, porque éste concluye con la muerte del mandante, es revocable á su voluntad y hace innecesaria la asistencia del mismo á los actos para los que se otorgó el poder; circunstancias todas que no convienen al caso actual, porque los acreedores ejercen su derecho despues del fallecimiento del deudor, este ó su heredero deben acudir al otorgamiento de las escrituras de venta y no es revocable sinó en el caso y con las condiciones establecidas en la ley 2.ª, tít. XV, Partida 5.ª. Segun el convenio, el deudor se desprendió de las facultades de enajenar libremente sus bienes, de administrarlos y de percibir sus frutos en beneficio de sus acreedores, todo lo cual modifica la capacidad civil del dueño para disponer de aquéllos y limitar los derechos inherentes á esta cualidad, adquiriendolos, en consecuencia, la comunidad de acreedores, bajo cuyo aspecto la inscripcion de este convenio en el Registro hubiera sido conveniente y provechosa, pero de ningun modo es necesaria á los efectos del art. 20 de la ley, supuesto que estos últimos no adquirieron el dominio de los bienes cedidos. El carácter de testamentaria, contadora y partidora de los bienes de J. O. con que concurrió la viuda de éste, y en su representacion M. H., á la escritura de venta, exige necesariamente que se inscriba en el Registro. bien el derecho á vender bienes para pago de deudas si el testador hubiere facultado para ellos segun la doctrina establecida en el art. 2.°, número 3, de la ley Hipotecaria, bien la institucion de herederos *ex testamento ó ab intestato*, pues la ley impone la obligacion de inscribir los títulos traslativos de dominio, uno de los cuales es la herencia, y ordena expresamente en el art. 23 esta inscripcion, á fin de que pueda perjudicar á tercero dentro de los cinco años siguientes á su fecha; es decir para que, trascurrido ese plazo, pueda el heredero con título inscrito impedir la inscripcion de otro título hereditario en favor de persona distinta, y para que los que hubiesen adquirido fincas, obtengan de esta manera la debida seguridad en el dominio y posesion de ellas (Res. Dir. Gen. 13 Junio 1874).

El comprador de una finca, despues de inscribir el dominio que adquiere sobre la misma, presenta al Registro escritura de hipoteca, que el registrador se niega á inscribir, porque á la

fecha de la escritura no tenía el hipotecante inscrito su dominio: recurre el notario, y la Direccion declara que el defecto atribuido por el registrador á la escritura de que se trata es de tal naturaleza, que no se limita á la obligacion de extender un nuevo documento por haberse cometido en el primero algun error ú omision de los que impiden ó dificultan la inscripcion, sinó que afectan á la validez de la obligacion constituída. Sería notoriamente injusto negar á los funcionarios encargados de la fe pública el derecho de defender los actos y contratos que otorguen del vicio de nulidad de que puedan ser redargüidos, tanto por la obligacion que les impone la ley Hipotecaria de extender á su costa una nueva escritura ó documento, como por la más principal de indemnizar en todo caso á los interesados los perjuicios que ocasione semejante falta. Es estrictamente legal la reclamacion del expresado notario, pues se limita á solicitar, conforme á lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento de la ley Hipotecaria, que se declare que el documento objeto del expresado recurso se halla extendido con arreglo á las formalidades y prescripciones legales: siendo en su virtud incuestionables, con sujecion al artículo citado, el derecho y la personalidad de dicho funcionario para promover y solicitar esta clase de declaraciones. Resuelto afirmativamente sobre la personalidad del notario, se ha de resolver tambien la cuestion principal, reducida á averiguar si, segun el espíritu y letra del art. 126 de la ley Hipotecaria, tenía ó no derecho el comprador para constituir y otorgar la escritura de préstamo con hipoteca. La negativa del registrador á inscribir se funda en el equivocado concepto de que el verdadero dueño, como no tenga inscrito su título de dominio en los libros del Registro, no puede hipotecar; y si lo efectúa, la nulidad del acto es tan esencial, que no puede convalecer, aunque despues aparezca inscrito el expresado dominio. Los buenos principios y el texto literal de otros artículos de la ley, y con especialidad el 20, rechazan semejante interpretacion, que conduciría hasta el extremo de limitar uno de los más principales efectos del dominio, alterando esencialmente las prescripciones del derecho civil, y convirtiendo á una ley modal, como es en muchas partes la Hipotecaria, en sustantiva de derechos desconocidos hasta el día en la legislacion positiva. El legislador se refirió en el artículo citado, no al verdadero dueño, sinó al que, careciendo de este título, por más que estuviese en expectativa del mismo, hipotecaba lo que no era suyo; cuya hipoteca, si bien nula en su origen, convalecía con arreglo á las prescripciones del derecho comun, si el constituyente adquiría con posterioridad el dominio ó señorío de la cosa hipotecada. Cuando el comprador hipotecó, era verdadero dueño, en virtud de haber adquirido la finca en pública y solemne escritura de quien tenía derecho para enajenarla, y cuando fué presentada al Registro para su inscripcion, resultaba inscrito en los libros el dominio á favor del hipotecante, completándose con este acto los requisitos necesarios que exige la ley para esta clase de inscripciones (Res. Dir. Gen. 1.° Octubre 1874).

Segun el art. 21 de la ley Hipotecaria, los dueños de bienes ó derechos reales por título de testamento, mayorazgo ú otro universal ó singular que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripcion presentando dicho título con el documento en su caso, que pruebe haberles sido aquél trasmitido, y justificando por cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que se trata de inscribir. Aunque la ejecutoria acredita la trasmision del dominio de los bienes, no se justifica que entre ellos se encuentren los inmuebles de que se hace mérito en la relacion jurada, porque ésta no es un documento fehaciente para acreditar el dominio de los inmuebles, con arreglo á las leyes y á la jurisprudencia. La simple manifestacion de una persona hecha fuera de juicio y en provecho propio, no constituye prueba legal de la adquisicion del dominio, por lo cual la formada por los recurrentes despues de terminado el pleito en que recayó la ejecutoria, no reune las condiciones legales para que pueda inscribirse: pues segun el espíritu de la ley, el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos á que las leyes niegan fuerza coactiva. La ley Hipotecaria ha procurado subsanar y remediar los inconvenientes y perjuicios que habían de experimentar los propietarios que careciesen de título justificativo de los inmuebles ó derechos reales, concediéndoles medios fáciles para reemplazar aquellos títulos, ya con las informaciones de posesion y certificados de los ayuntamientos y comisiones especiales de evaluacion de riqueza, ya, finalmente, con las disposiciones del Real decreto de 21 de Julio de 1871, dictadas para la inscripcion de los expresados derechos reales.

Aunque la simple manifestacion del interesado hecha por escrito haya sido estimada por algunos registradores como título ó documento fehaciente para acreditar el dominio de los inmuebles, semejante práctica es ilegal y no puede invocarse para resolver un recurso gubernativo, especialmente desde la publicacion de la ley Hipotecaria reformada, pues el segundo párrafo del art. 21, que no existía en la anterior, deroga y condena las prácticas más ó ménos autorizadas en algunos Registros, admitiendo como documentos justificativos de la adquisicion del dominio de los inmuebles las relaciones juradas. El juez se limitó, al proveer sobre el escrito con que la relacion se acompañaba á que se tuviera por presentado con la expresada relacion y que se expidiese el testimonio solicitado, con las inserciones necesarias. Siendo diferentes las funciones que desempeñan los registradores de la propiedad y los liquidadores recaudadores del impuesto, es evidente que áun cuando cargos de tan opuesta índole se hallan reunidos en un mismo funcionario, los actos del liquidador no pueden embarazar ni coartar en lo más mínimo las atribuciones del registrador al admitir ó negar la inscripcion del mismo documento; con tanto más motivo, cuanto que en el presente caso no se trataba de anular el derecho adquirido por los recurrentes y por el que satisficieron el impuesto. Aunque sea, como lo es, improcedente la inscripcion solicitada, el registrador de Palencia no se ajustó á las terminantes disposiciones de la ley Hipotecaria, pues debió, ántes de suspender la inscripcion, con arreglo al art. 20, examinar los libros del Registro al efecto de ver si los bienes se hallaban ó no inscritos á nombre de otra persona, para negar dicha inscripcion en caso afirmativo, y para suspenderla en el negativo, dando como razon legal el no resultar acreditado el dominio que los recurrentes pretenden tener sobre los bienes comprendidos en la mitad del mayorazgo, con arreglo al segundo párrafo del art. 21, con lo cual aquel funcionario, ademas de cumplir la ley, hubiera facilitado á aquéllos los medios de subsanar los defectos de que adolecían los documentos. Prohibiendo de un modo terminante el art. 245 de la ley Hipotecaria que se extienda ninguna inscripcion en el Registro sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos, si los devengara el acto ó contrato que se pretenda inscribir, es incompetente la Direccion para conocer del punto relativo al impuesto, pues la declaracion relativa á esta materia siempre es una cuestion previa á toda inscripcion, y corresponde decidirla á las autoridades administrativas dependientes del ministerio de Hacienda (Res. Dir. Gen. 30 Diciembre 1874.)

El carácter y atribuciones de los albaceas difieren segun que sean *universales*, que son los nombrados cuando el testador no instituye heredero, ó el designado carece de personalidad, como en el caso de instituirse el alma, ó *particulares*, que son los que se nombran ordinariamente para cumplir algun encargo piadoso, ó auxiliar al heredero en las operaciones consiguientes á la liquidacion y adjudicacion del caudal; pues miéntras los primeros, segun opinion de autorizados intérpretes, se equiparan á los herederos, los segundos sólo tienen el carácter de simples mandatarios, apoderados ó encargados, sin otras facultades que las que el testador haya designado taxativamente en la cláusula de su nombramiento.

Deben inscribirse á nombre de los albaceas universales, como si fuesen verdaderos herederos, los bienes de la herencia, segun la doctrina que sirvió de base á la resolucion de 5 de Setiembre de 1863, en la cual se acordó que los bienes raíces de una testamentaria deben inscribirse á nombre del albacea, cuando la institucion del heredero se ha hecho en favor del alma del testador.

La ley Hipotecaria ha introducido indirecta, pero necesariamente, modificaciones en el ejercicio de las facultades de los albaceas particulares para enajenar bienes raíces, cuando se pretenda que tales enajenaciones queden garantidas por medio de la inscripcion en el Registro.

Los cargos de albaceas son de naturaleza especialísima, y aunque designados por el testador, no son mandatarios suyos, porque prescindiendo de que sería contradictorio con la naturaleza del contrato de mandato que el apoderado representase al mandante despues de su fallecimiento, el espíritu que se deriva de las leyes civiles que tratan de las facultades de los albaceas particulares, y de la doctrina consignada en varias sentencias del Supremo, demuestra con evidencia que dichos albaceas son en rigor unos encargados que el testador nombra para que presten auxilio á los herederos instituídos en el cumplimiento de ciertas obligaciones, y bajo tal concepto los representen desde el mismo instante en que se abre la sucesion hasta dejar terminado el encargo ó mision

encomendada, cuyo carácter singular es en cierto modo semejante al de los llamados fideicomisarios por la ley 1.ª, tít. 10 de la Part. 6.ª, y tambien al de los curadores, que, á pesar de ser nombrados por los testadores, representan, no la persona de éstos, sinó la de menores ó incapacitados.

El verdadero carácter de los albaceas particulares, como representantes de los herederos, se deduce: primero, del principio fundamental en materia de sucesion de que la aceptacion de la herencia se entiende hecha en el día en que tuvo lugar el fallecimiento del testador: segundo, de la facultad que concede á los herederos la ley 2.ª del citado título y Partida, para exigir fianza de los albaceas en determinados casos: tercero, de la prohibicion que á éstos impone la ley 12, tít. V, lib. III del Fuero Real de vender los bienes de la herencia cuando los herederos se opusiesen; y cuarto, de la doctrina consignada por el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Octubre de 1857 y 20 del propio mes de 1859, estableciendo que las facultades concedidas á los albaceas por los testadores para apoderarse de los bienes, venderlos y repartir el sobrante entre los herederos, no los autoriza para proceder á la venta de bienes raíces, habiendo herederos necesarios y menores de edad, sin las formalidades establecidas por las leyes para las enajenaciones de bienes inmuebles pertenecientes á estos últimos.

Tambien la moderna legislacion sobre el impuesto de traslaciones de dominio reconoce á los albaceas particulares el carácter de representantes de los herederos, como resulta de la Real órden de 20 de Junio de 1866, de conformidad con el Consejo de Estado en pleno, en la cual se dispone que cuando los albaceas particulares, facultados para vender los bienes del testador y distribuír su importe entre los herederos, venden algunos inmuebles ántes de que éstos acepten la herencia, están obligados á pagar al Tesoro el impuesto correspondiente, como si los dichos herederos hubiesen aceptado la herencia.

Si, conforme al espíritu de la legislacion y de la jurisprudencia anteriores á la ley Hipotecaria, los albaceas particulares, al ejercer los actos para que fueron autorizados por el testador, representan la persona del heredero, es evidente que despues de publicada aquélla, y atendidas las importantes modificaciones que la inscripcion introduce en los modos de adquirir, conservar y perder el dominio de las cosas inmuebles, no deben en manera alguna los expresados albaceas ser considerados como representantes ó mandatarios del testador, sinó del heredero, pues de otro modo podrían causar perjuicios irreparables, haciendo ineficaces ó ilusorias las garantías que la misma ley Hipotecaria ha establecido en favor de las personas que tienen derecho á los bienes del testador (Res. Dir. Gen. 7 Enero 1875).

Segun la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, el no hallarse inscrito el dominio de un bien inmueble ó derecho real á favor de la persona que lo trasfiera ó grave, sin estar tampoco inscrito á favor de otra, sólo es motivo para suspender la inscripcion ó anotacion, cuando del título presentado, ó de otro documento fehaciente, no resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio ántes de 1.º de Enero de 1863 (Res. Dir. Gen. 15 Marzo 1875).

Si no resulta del título presentado, ni de otro documento fehaciente, que los otorgantes de la escritura hayan adquirido ántes de 1.º de Enero de 1863 el dominio de los bienes, ni que lo tengan inscrito á su favor, cuya circunstancia es indispensable, segun el art. 20 de la ley Hipotecaria, para que pueda inscribirse cualquier acto ó contrato por el que se trasmitan ó graven los inmuebles ó derechos reales impuestos sobre los mismos, procede suspender la inscripcion (Res. Dir. Gen. 18 Marzo 1875).

Fundado en esta doctrina, el registrador denegó la inscripcion, pues hallándose inscrito el dominio de la mina á favor de la sociedad *La Patria*, se trasfería, sin embargo, la propiedad de ella por Andrés Romero quien ya no era dueño y había perdido todos los derechos reales que pudiera tener sobre aquélla á consecuencia de la inscripcion de la escritura de cesion otorgada en 1849 y con arreglo á lo dispuesto en el art. 77 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 31 Marzo 1875).

Este centro directivo ha declarado reiteradas veces que es principio fundamental en materia de inscripcion, consignado en el art. 20 de la ley Hipotecaria y perfectamente formulado en el art. 20 del Reglamento, que si un inmueble está inscrito á nombre de persona distinta de la que lo trasfiera ó grave, es motivo bastante para denegar la inscripcion ó anotacion del título traslativo de dominio ó constitutivo de derecho real (Res. Dir. Gen. 25 Noviembre 1875).

Este centro ha declarado reiteradamente que es un principio general en materia de inscrip-

ciones, contenido en la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, que el hallarse inscrito un inmueble á favor de persona distinta de la que trasfiera ó grave, es motivo bastante para negar la inscripcion ó anotacion del título traslativo del mismo ó constitutivo del derecho real.

El principio general de que se hace mérito en el anterior fundamento es aplicable, no sólo á los bienes de dominio, sinó que lo es asimismo á los del Estado, la provincia, el municipio y todos los de corporaciones civiles y eclesiásticas, segun lo demuestran el art. 2.° de la ley, y el 1.° del Real decreto ántes citado; estas disposiciones, así como las contenidas en otros artículos del Real decreto referido que exigen la previa inscripcion á favor del Estado ántes de proceder á la venta, se fundan en la doctrina del art. 20 (Res. Dir. Gen. 7 Diciembre 1875).

Hallándose unos bienes definitivamente inscritos á favor de una persona, ó sus causa-habientes, existe un obstáculo legal para inscribirles á nombre de persona distinta, porque segun repetidas veces ha declarado este centro, es principio general en materia de inscripciones, contenido en la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, y formulado en el 20 del Reglamento para su ejecucion, que hallándose inscrito un inmueble á nombre de persona distinta de la que lo trasfiera ó grave, es motivo suficiente para negar la inscripcion ó anotacion del título traslativo del dominio ó constitutivo del derecho real.

Si bien el interesado califica de nulos los actos en virtud de los cuales se inscribieron á favor de la persona que aparecen aquellos títulos en el Registro, tal calificacion no puede ser apreciada por el registrador ni por sus superiores jerárquicos en el órden administrativo, porque segun la ley Hipotecaria, los derechos, una vez inscritos, sólo se extinguen por su cancelacion, y para ordenarla, aunque se funde en la nulidad del título, se requiere el consentimiento expreso de la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripcion, y en su defecto, sentencia ejecutoria dictada en el oportuno juicio ordinario.

El registrador de la propiedad, al extender la anotacion preventiva de los títulos presentados por el recurrente, ha infringido los artículos 20 de la ley Hipotecaria y 20 del Reglamento dictado para su ejecucion, y el principio general consignado en el primer fundamento (Res. Direccion Gen. 4 Marzo 1876).

Si en el mandamiento no se expresa otra cosa sinó que se ha mandado extender en virtud de ejecucion y sobre reclamacion de cantidad, pero sin hacer mencion del orígen y naturaleza del crédito, por lo que el registrador, ajustándose á su resultancia, calificó el crédito de obligacion personal constituida por el que fué dueño de toda la finca, en favor de quien segun el Registro no había adquirido ningun derecho real sobre la finca en vista de los términos del expresado mandamiento y conforme á la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, el registrador debió practicar la anotacion en la parte que lo hizo.

Si bien de los documentos y razones alegadas por el recurrente se deduce que el crédito trae varios orígenes, no pueden alcanzar á subsanar los defectos y omisiones del mandamiento judicial, único documento que ha calificado el registrador, y sobre el cual ha de recaer resolucion, sinó que, por otra parte, tenga atribuciones de enmendar los errores de los interesados al hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales (Res. Dir. Gen. 10 Noviembre 1876).

Repetidas veces ha declarado este centro que es principio general en materia de inscripcion, contenido en el art. 20 de la ley, que para inscribir cualquier título traslativo de dominio es indispensable resulte previamente inscrito en el Registro el derecho del otorgante, siendo motivo bastante para negar la inscripcion ó anotacion de aquel título la omision de este requisito.

Se ha declarado tambien con repeticion que el contenido del art. 20 citado es general y absoluto, aplicable, por lo mismo á toda clase de títulos traslativos de dominio de los inmuebles, incluso el de sucesion hereditaria testada ó intestada, no sólo por constituir la herencia uno de dichos títulos, sinó porque el art. 23 de la ley ordena expresamente la inscripcion de la herencia á fin de que no pueda perjudicar á tercero dentro de los cinco años siguientes á su fecha, consiguiendo los que adquieran fincas del heredero, trascurrido aquel plazo, la seguridad en el dominio y posesion de ellas.

Es un obstáculo que impide la inscripcion de este documento el no hallarse inscritas las fincas á nombre de los herederos, sin que la circunstancia de ser autorizado por el juez tal documento sea bastante para que dicha inscripcion tenga efecto, porque no constituye más que una formalidad para el otorgamiento, y la previa inscripcion del título hereditario es inde-

pendiente de las formas intrínsecas ó extrínsecas de la escritura (Res. Dir. Gen. 9 Diciembre 1876).

Segun la doctrina de las observancias 12, Rub. *De Donationibus*, y 15 y 17 *De jure dotium*, «el padre ó madre sobreviviente puede dar al hijo ó hija *en casamiento, y no de otro modo*, de sus bienes comunes y del cónyuge premuerto uno ó muchos bienes;» doctrina que modifica la general y absoluta consignada en el fuero 1.º *De Donationibus*, con arreglo al principio de derecho de que la ley posterior deroga á la anterior.

(Esta resolucion únicamente es aplicable en los lugares en que están en observancia los fueros de Aragon.) (Res. Dir. Gen. 1.º Febrero 1877.)

Reiteradas veces ha declarado este centro que es un principio general en materia de inscripciones, contenido en la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, que el hallarse inscrito un inmueble á favor de persona distinta de la que lo trasfiera ó grave, es motivo bastante para negar la inscripcion ó anotacion del título traslativo del inmueble ó constitutivo del derecho real.

Se ha declarado por esta Direccion, de acuerdo con la doctrina de la Real órden expedida por este Ministerio en 26 de Julio de 1875, aquel principio general, es aplicable no sólo á las enajenaciones de bienes de dominio particular ó privado, sinó tambien á las que verifiquen el Estado, la provincia ó el municipio.

El obstáculo que nace de hallarse inscrito el dominio de la citada finca á favor de persona distinta del Estado, que es quien enajena en virtud de la expresada escritura, no puede desaparecer mediante certificacion de la Administracion económica, porque prescindiendo de que, segun se deduce del art. 14 del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, la inscripcion de dicho documento requiere que el inmueble no se haya todavía inscrito á nombre de persona alguna, y debiendo quedar anotado en virtud del certificado del jefe económico, no se puede inscribir, conforme al art. 402 de la ley Hipotecaria.

Sin prejuzgar la validez ó nulidad de la venta, es improcedente la inscripcion de la referido escritura, miéntras que por los medios que establece la ley Hipotecaria no obtengan los interesados en aquélla la cancelacion del asienta que consta en el Registro, ó la expresa ó solemne declaracion de que el dominio de la finca se ha trasferido al Estado; extinguiéndose así, con arreglo al art. 77 de la ley, la inscripcion anterior (Res. Dir. Gen. 25 Abril 1878).

La sentencia ejecutoria recaida en un juício de retracto á consecuencia de haberse vendido á pacto de retro el dominio útil de una finca, sin contar con el dueño del dominio directo, es inscribible aunque la finca no conste inscrita á nombre del trasferente, ni rescindida la retroventa que éste hizo á favor del comprador, porque dichos obstáculos pueden con facilidad obviarse inscribiendo previamente la escritura de retroventa, orígen del juício de retracto, y una vez hecha esta inscripcion, con arreglo al artículo 20 de la ley Hipotecaria, practicar la controvertida en fuerza de la ejecutoria con la oportuna relacion del juício en que recayó (Res. Dir. Gen. 28 Febrero 1878).

Si la escritura de hipoteca adolece del defecto de haberse gravado mitad del inmueble por persona distinta de la que lo tiene inscrito, no es inscribible con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria, á pesar de que la persona que constituye la hipoteca conserve ciertos derechos sobre el mismo inmueble, los cuales, sin embargo, podrá gravar en la forma y con las condiciones que establece la ley (Res. Dir. General 15 Marzo 1878).

Para constituír, segun el art. 20 de la ley Hipotecaria, ó imponer cualquier gravámen sobre inmuebles á nombre de determinada persona, es requisito esencial que la propiedad de los mismos exista previamente inscrita, debiendo denegarse la inscripcion de gravámen, con arreglo á dicho precepto, cuando aparezcan inscritos los bienes á nombre de persona distinta, y suspenderse cuando no constasen á nombre de persona alguna.

Esta doctrina fundamental es aplicable, no sólo á los gravámenes ó cargas de naturaleza real, constituídos voluntariamente por los interesados, sinó tambien á las limitaciones de las facultades propias del dominio, acordadas por la autoridad judicial contra la voluntad de los mismos dueños, como se declara respecto de los embargos en juícios civiles y criminales, en el número primero del art. 42 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 31 Octubre 1878).

Dictada una sentencia ejecutoria por los Tribunales, no cabe discutir, como intenta el registrador, acerca de la fuerza y eficacia de dicha sentencia, sinó procurar su cumplimiento, en justo respeto á la autoridad de la cosa juzgada, miéntras un verdadero obstáculo, emanado de la

ley Hipotecaria, á que deben ajustar su conducta aquellos funcionarios, no impida su ejecucion.

Y que el señalado por el registrador, de no constar inscritas las fincas á nombre del trasferente, puede con facilidad obviarse y dar cumplimiento á lo que prescribe el art. 20 de la ley Hipotecaria, previa inscripcion de la escritura que fué la que dió orígen al retracto; y llevada á cabo dicha inscripcion á tenor del repetido artículo 20, practicar la controvertida á favor del conde en fuerza de la ejecutoria de que se ha hecho mérito, con la oportuna relacion del expresado juício (Res. Dir. Gen. 28 Febrero 1878).

Hallándose inscrita en el Registro la posesion á favor del vendedor de la sexta parte de la finca, es evidente, con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria, procede inscribir la expresada escritura de enajenacion de la misma. Si bien existe alguna diferencia en el contenido de las inscripciones verificadas en el Registro, abierta al parecer á la misma finca, aunque bajo distinto número, tal contradiccion, caso de que realmente exista, no constituye obstáculo para la inscripcion de la escritura, con arreglo á la doctrina del art. 332 del Reglamento de la ley Hipotecaria, toda vez que las notas marginales que ha debido poner el registrador instruyen á los terceros que puedan interesarse en la adquisicion de dicha finca, de la existencia de las diferencias que resulten de aquella inscripcion (Res. Dir. Gen. 22 Febrero 1879).

Atendido el principio fundamental consignado en el art. 20 de la ley Hipotecaria, por el que debe denegarse la inscripcion de todo acto ó contrato cuando la persona de quien se adquiere el derecho sea distinta de la que lo trasfiera ó grave, debe el notario, con arreglo á los artículos 2.° y 3.° de la Instruccion, advertir á los otorgantes la necesidad de designar la persona de quien inmediatamente se adquiere el inmueble, con los nombres y apellidos que resultan del Registro, suspendiendo, entre tanto, la redaccion del instrumento (Res. Dir. Gen. 28 Febrero 1879).

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en la regla 1.ª del art. 42 del Reglamento, de acuerdo con el art. 20 de la misma ley, es requisito esencial para anotar embargos decretados contra determinada persona el que la propiedad de los mismos resulte inscrita previamente á su favor, debiendo denegarse la anotacion con arreglo á dicho precepto legal cuando aparezca inscrita la propiedad de los bienes embargados á nombre de persona distinta (Resolucion Dir. Gen. 20 Marzo 1879).

Si bien es válida la enajenacion que otorga la mujer casada, despues de la disolucion del matrimonio, de la mitad de los bienes comprados y enajenados durante el mismo, semejante enajenacion, cuando recae sobre inmuebles, no puede incribirse en el Registro miéntras no conste previamente inscrito á nombre de la mujer el derecho que la corresponda sobre los expresados bienes, para que pueda cumplirse la prescripcion fundamental consignada en el art. 20 de la ley Hipotecaria, y conste ademas que se halla facultada para enajenar aquel derecho por haberse disuelto la sociedad conyugal (Resolucion Dir. Gen. 24 Abril 1879).

Ha declarado repetidamente este centro que es principio general en materia de inscripciones, contenido en el art. 20 de la ley Hipotecaria, que para inscribir cualquier título de dominio es indispensable que resulte previamente inscrito el derecho á favor de la persona en cuyo nombre se otorga, dando lugar á que se deniegue la inscripcion, la omision de este requisito.

El precepto contenido en el artículo citado es general, absoluto, y por lo mismo aplicable á toda clase de títulos traslativos del dominio de los inmuebles, incluso el de sucesion hereditaria testada é intestada (Res. Dir. Gen. 30 Junio 1879).

No resultando inscrito á nombre del enajenante el dominio de un inmueble, ni acreditándose por documento fehaciente haberlo adquirido ántes de 1.° de Enero de 1863, es improcedente la inscripcion de la escritura de venta, con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria (Resolucion Dir. Gen. 19 Diciembre 1879).

Existe un obstáculo para inscribir la rectificacion de la particion con arreglo al art. 20 de la ley Hipotecaria cuando resulte inscrito el dominio de la finca por título de compra-venta á nombre de un tercero que no ha manifestado de una manera expresa y solemne su consentimiento en el referido acto judicial (Resolucion Dir. Gen. 2 Marzo 1880).

No es inscribible una certificacion de la Administracion económica con arreglo á lo dispuesto en el art. 20 de la ley Hipotecaria, si por ella el Estado pretendía inscribir, no el dominio directo, sinó la plena propiedad sobre el inmueble, hallándose inscrito el dominio útil á favor de otra persona, porque el dominio útil no puede estimarse como un gravámen ó carga de la

finca, segun la doctrina, y porque el Real decreto de 30 de Julio de 1862 se refiere exclusivamente á los *gravámenes* y *cargas* que resulten de los libros antiguos, cuya disposicion no puede extenderse á otros casos no prescritos taxativamente en su tenor literal, por los grandes inconvenientes que de ello resultaría.

Aun cuando se haya practicado la inscripcion de posesion á favor del Estado con infraccion de las disposiciones de la ley Hipotecaria y su Reglamento, no puede cancelarse ni rectificarse su contenido gubernativamente por esta Direccion, pues las cancelaciones ó rectificaciones de los asientos hechos en los libros del Registro deben practicarse previo consentimiento de los interesados á quienes pueden perjudicar, ó en caso negativo por mandato de los Tribunales, previos los trámites señalados en los artículos 82, 83, 257, 258 y 262 de la ley Hipotecaria, limitándose la competencia de esta Direccion á corregir disciplinariamente las infracciones que resulten cometidas en los expresados libros (Res. Dir. Gen. 30 Abril 1880).

Artículo 1902.—Las escrituras públicas de actos ó contratos que deban inscribirse, expresarán, por lo ménos, todas las circunstancias que bajo pena de nulidad debe contener la inscripcion, y sean relativas á las personas de los otorgantes, á las fincas y á los derechos inscritos.

Los dueños de bienes inmuebles ó derechos reales por título de mayorazgo, testamento ú otro universal ó singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripcion presentando dicho título, con el documento en su caso, que pruebe haberles sido aquél trasmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir.

Los herederos *ab intestato* que sucedan en concepto de parientes colaterales del cuarto grado podrán obtener la declaracion de su derecho sin necesidad de la publicacion de anuncios, y sólo en virtud de informacion judicial practicada con audiencia del Ministerio público, cuando no exceda de 2.000 pesetas el valor de los bienes inmuebles ó derechos reales que correspondan al mayor interesado en dicha herencia.

Los herederos *ab intestato* descendientes ó ascendientes legítimos podrán obtener en igual forma la declaracion de sus derechos, cualquiera que sea el valor de los bienes inmuebles ó derechos reales en que cada uno haya de suceder.

ORÍGENES

Art. 21, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Conforme á las leyes 111 y 114, tít. XVIII de la Partida 3.ª, y 1.ª, tít. XXIII, lib. X, Nov. Recopilacion, la omision del día de la fecha del otorgamiento en las escrituras públicas produce su nulidad (Sent. 13 Mayo 1864).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun el art. 21 de la ley Hipotecaria, los dueños de bienes ó derechos reales por título de testamento, mayorazgo ú otro universal ó singular que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripcion presentando dicho título, con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquel trasmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que tratan de inscribir.

Aunque la ejecutoria acredita la trasmision del dominio de los bienes, no se justifica que entre ellos se encuentren los inmuebles de que se hace mérito en la relacion jurada, porque ésta no es un documento fehaciente para acreditar el dominio de los inmuebles, con arreglo á las leyes y á la jurisprudencia.

La simple manifestacion de una persona hecha fuera de juicio y en provecho propio, no constituye prueba legal de la adquisicion del dominio, por lo cual la formada por los recurrentes despues de terminado el pleito en que recayó la ejecutoria, no reune las condiciones legales para que pueda inscribirse; pues segun el espíritu de la ley, el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos á que las leyes niegan fuerza coactiva (Resolucion Dir. Gen. 30 Diciembre 1874).

Desde el momento en que se pretende el reconocimiento en el Registro con perjuicio de tercero como dueño de ciertos bienes en concepto de vinculados y con el carácter de suce-

sor inmediato, es necesario, conforme á la doctrina de los artículos 20 y 21 de la ley Hipotecaria, se acrediten ciertos extremos con títulos y documentos que hacen fe en juicio, no siendo suficiente la sola afirmacion del interesado (Resolucion Dir. Gen. 30 Junio 1877).

Aun cuando se haya obtenido la declaracion de herederos *ab intestato* según dispone la ley de Enjuiciamiento civil, este motivo ha desaparecido con posterioridad á dicha denegacion, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.° de la ley de 17 de Julio de 1877, cuyos beneficios deben extenderse á las declaraciones judiciales obtenidas ántes de su publicacion, siempre que en ellas se hayan observado los demas trámites que previene dicha ley (Res. Dir. Gen. 10 Enero 1878).

Las leyes son obligatorias para las capitales de provincia desde el momento en que se publican en la *Gaceta* y *Boletines Oficiales* de las mismas, y cuatro días despues en los demas pueblos; y no puede, por tanto, ponerse en duda la eficacia y vigor de la ley de 17 de Julio de 1877 por el solo hecho de no haberse publicado el Reglamento á que su último artículo se refiere (Res. Dir. Gen. 29 Enero 1878).

Artículo 1903.—El notario que cometiese alguna omision que impida inscribir el acto ó contrato, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior, la subsanará extendiendo á su costa una nueva escritura, si fuere posible, é indemnizando, en todo caso, á los interesados de los perjuícios que les ocasione su falta.

ORÍGENES

Art. 22, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El registrador no tiene obligacion de denunciar las faltas ú omisiones cometidas por los notarios (Res. Dir. Gen. 26 Agosto 1863).

Una de las formas extrínsecas de las escrituras públicas consiste en que la redaccion de sus cláusulas sea clara y precisa, pues que en ellas se declaran derechos y obligaciones de los otorgantes, siendo de tal importancia, que el artículo 1.° de la Instruccion sobre el modo de redactar los instrumentos públicos, impone al notario la obligacion de advertir á los interesados la ambigüedad, confusion ó falta de claridad en las minutas que le presentasen; y habiendo infringido el notario aquel precepto, y constituyendo esto un obstáculo que impide la inscripcion, no puede subsanarse en otra forma que en la consignada en el art. 9.° de dicha Instruccion (Res. Dir. Gen. 22 Diciembre 1875).

Limitándose el notario, al designar las personas que otorgan, *que las conoce por sus nombres, profesion y vecindad*, sin añadir que *da fe* de ese conocimiento, esta omision produce el efecto insubsanable, sin que la expresion consignada al final de que da fe de todo lo contenido pueda subsanar aquel defecto, porque semejante frase se entiende aplicable sólo á las palabras, estipulacion y condiciones de los otorgantes; y como esta omision afecta la validez del instrumento, adolece de un defecto insubsanable que impide su inscripcion, conforme á los artículos 65 de la ley Hipotecaria y 57 del Reglamento (Res. Dir. Gen. 17 Enero 1876).

Las operaciones extrajudiciales de inventario, avalúo, division y adjudicacion de bienes, deben extenderse en todo caso en papel del sello undécimo para su ulterior protocolizacion, una vez aprobadas por la autoridad judicial ó por los interesados, segun proceda (Res. Direccion Gen. de Rentas Estancadas 13 Setiembre 1877).

Es requisito esencial para la validez de los instrumentos públicos *inter vivos* que el notario autorizante *dé fe*, concreta y especialmente del conocimiento de los otorgantes, ó de asegurarse de dicho conocimiento por el dicho de testigos, conforme á la clara y terminante doctrina de los artículos 23 y 27 de la ley del Notariado.

Inspirado el Reglamento general vigente en esta doctrina, impone á los notarios la obligacion de expresar en la forma general que deben emplear para dar fe del contenido de las escrituras que la dan tambien especialmente de conocer á los otorgantes, ó en su caso á los testigos de conocimiento.

El notario recurrente, al omitir en dichos documentos la expresada fórmula, ha infringido dichos preceptos, sin que esta fórmula especial pueda entenderse cumplida ni expresada en las palabras: y *de todo lo contenido en cuanto es procedente*, yo, *el Notario, doy fe*, porque semejante frase, atendida su vaguedad é indeterminacion, no responde á los fines que se propuso el legislador, obligando á los notarios á valerse de ciertas fórmulas concretas y precisas.

Constituyendo, por consiguiente, esta omision

un defecto subsanable, por no afectar á la validez del contrato, segun la doctrina de los artículos 18 y 65 de la ley Hipotecaria, y 37 y 47 del Reglamento, cuya subsanacion deberá practicar el notario en la forma que proceda, siendo de su cuenta los gastos y perjuicios que por esta causa sufriesen los otorgantes, con arreglo á lo dispuesto en el art. 22 de la citada ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 12 Enero 1878).

Si bien no son aplicables á los actos de última voluntad y demas disposiciones *mortis causa* las reglas establecidas en la ley del Notariado sobre la forma de los instrumentos, y por consiguiente la sancion impuesta en el citado art. 30, á los instrumentos en que el notario no da fe expresamente del conocimiento de las partes, es una verdad inconcusa, con arreglo á la doctrina legal sobre el ejercicio de la fe pública, que los notarios no pueden ni deben autorizar acto alguno de última voluntad sin conocer perfectamente al otorgante y tener seguridad acerca del libre uso de sus facultades intelectuales; pues de lo contrario podrían coadyuvar á la falsificacion de la última voluntad de una persona que realmente falleció intestada.

Que en el testamento de que se trata, el notario afirma con claridad, de una manera cierta y concreta, conocer al testador, y que al tiempo de otorgar dicho instrumento se hallaba éste en el libre y completo uso de las facultades necesarias para manifestar su voluntad, llegando el notario hasta estampar al final del documento la cláusula relativa al conocimiento, y poco ántes de la frase *de todo lo cual doy fe*, puesta sin reservas ni restricciones de ningun género (Res. Dir. Gen. 27 Abril 1878).

Artículo 1904.—Los títulos mencionados en los artículos 1883 y 1886 (2.° y 5.° de la ley) que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero.

La inscripcion de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero, si no hubiesen trascurrido cinco años desde la fecha de la misma.

Exceptúanse los casos de herencia testada ó intestada, mejora y legado, cuando recaiga en herederos necesarios.

ORÍGENES

Art. 23, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Octubre 1857.

Sents. 1.° Junio y 9 Julio 1868.

Para que los documentos anteriores á la ley 3.ª, tít. XVI, lib. X, de la Nov. Rec., publicada en 1718, sean admisibles en juicio y hagan fe, al efecto de perseguir las fincas gravadas, es indispensable que á la presentacion en juicio preceda el registro en los oficios de hipotecas, sin que baste ni pueda llenarse con oportunidad este requisito durante el término de prueba (Sents. 5 Junio y 27 Octubre 1860).

Aunque la ley 3.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec., sobre toma de razon de las escrituras en el oficio de hipotecas, prohibe que hagan fe en juicio y fuera de él los documentos no registrados, es solamente para el efecto de perseguir las hipotecas (Sents. 29 Noviembre 1858, 24 Enero 1863, 19 Mayo 1866 y 14 Diciembre 1877).

Si con arreglo á la ley 2.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec., debe tenerse por original cualquiera copia auténtica de una escritura que se saque del oficio ó Registro de hipotecas, cuando se pierden los protocolos y Registros, con mayor razon debe darse valor á la primera copia sacada del verdadero original por el mismo escribano que la autorizó, cuando no se le ha opuesto vicio de falsedad, ni otros defectos que la falta de comprobacion ó cotejo (Sent. 24 Mayo 1860).

Esta jurisprudencia en las leyes no ha sido alterada por nuevas disposiciones, en las cuales, al contrario, se atribuye á las primeras copias de las escrituras el valor de una prueba acabada y perfecta (Sent. id. id. id.).

Para que produzca eficacia una escritura ó instrumento público en que se haya impuesto un gravámen á una finca, es necesario que se haya tomado razon de ella en el Registro de hipotecas; pero si dicho gravámen se establece en un contrato puramente privado, y por tanto no registrado, aunque se reconozca el gravámen, la sentencia que así lo declare no infringe las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 29 Mayo 1863.)

Cuando hay imposibilidad en el demandado de inscribir en el Registro las primeras copias de las escrituras de pertenencia, puede por justa causa, y con las formalidades de derecho, sacar otras para aquel objeto (Sents. 17 y 23 Setiembre 1864).

Sin la toma de razon en el oficio de hipotecas no hacen fe en juicio los instrumentos de impo-

siciones de bienes raíces gravados con alguna carga, y todos los que tengan especial y expresa hipoteca ó gravámen para el efecto de perseguirlo (Sent. 22 Noviembre 1860).

La falta de registro de una escritura en nada influye para la validez y consecuencia de lo que en ella se convino (Sents. 21 Diciembre 1861 y 5 Mayo 1865).

La ley 1.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec., en que se estableció el Registro de hipotecas, sólo exigió la formalidad de anotarse en él para los documentos en que se impusiera un gravámen especial sobre fincas determinadas (Sentencia 1.º Abril 1862).

Cuando un pacto no envuelve traslacion de dominio, no hay necesidad de tomar razon de él en la contaduría de Hipotecas (Sent. 10 Setiembre 1863).

Interin no se reduzca á escritura pública la venta de unas fincas, no puede tomarse razon de ella en el Registro de la propiedad (Sent. 26 Febrero 1864).

Tomada razon en el oficio de Hipotecas de los documentos en que se funde un derecho, y pagada la multa por la morosidad en inscribirlos, queda purgado el vicio de nulidad que por las disposiciones fiscales se impone á los que carecen de este requisito (Sent. 6 Noviembre 1866).

No trasmitiéndose en una escritura el dominio de bienes inmuebles, aunque sea admitida en juicio, sin estar inscrita, no se infringe el art. 396 de la ley Hipotecaria y el 333 del Reglamento para su ejecucion. (Sent. 23 Febrero 1870).

Carece de apoyo legal la tercería fundada en un título que no esté inscrito en el Registro de la propiedad (Sent. 28 Abril 1870).

Cuando la persona que reclama funde su demanda en una escritura, en la cual, si bien su marido declaró que compraba la finca de que se trata con dinero procedente de la dote de su mujer, él mismo con posterioridad inscribió la referida escritura á su favor, y no al de ella, no justificando la demandante con el expresado documento su dominio en la finca reclamada, y ménos en perjuicio de tercero, segun lo dispuesto en el art. 23 de la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, la Sala, al desestimar la tercería de dominio, no infringe la ley 49, título V, Partida 5.ª, relativa al caso en que el marido con dinero de la dote de su mujer y con voluntad de ésta, compra heredamientos; ni el art. 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, que designa las reglas que deben observarse para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio (Sent. 11 Julio 1871).

Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos que no estén inscritos en el Registro, no pueden perjudicar á tercero si se atiende á lo dispuesto en el art. 23 de la ley Hipotecaria (Sent. 11 Febrero 1874.)

El tercer poseedor que inscribe en el Registro los documentos de su adquisicion, tiene garantidos sus derechos contra toda impugnacion que no se funde en otro título anterior igualmente inscrito, ó en causas de nulidad que consten del mismo Registro (Sent. 14 Febrero 1874).

La preferencia que se deriva de los artículos 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria, á favor de los documentos inscritos sobre los que no lo fueron debiendo serlo, negando á éstos valor contra tercero y determinando quién ha de conceptuarse en este caso, presuponen que los inscritos sean eficaces en juicio (Sent. 16 Junio 1874).

La supuesta infraccion del art. 396 de la ley Hipotecaria, segun el cual desde su publicacion no se admitirán en los Juzgados y Tribunales documentos de que no se haya tomado razon en el Registro de la propiedad, si por ellos se constituyeren, trásmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripcion, no puede dar fundamento al recurso cuando nada se ha excepcionado sobre la admision en juicio de un documento ni en la primera instancia, ni en la segunda, ni ha sido objeto del fallo, habiéndose unido á los autos, en cumplimiento del art. 285 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 25 Enero 1875).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Cualquiera que sea la época en que un particular adquiera unas fincas en virtud de contrato privado, esta adquisicion, válida y eficaz en sí misma, con arreglo á la doctrina de nuestras leyes, confirmada por el Tribunal Supremo, sólo produce sus efectos entre los contratantes, siendo necesario para que los produjese respecto de tercero, que conste por escritura pública y se inscriba en el Registro de la propiedad (Res. Dir. Gen. 3 Noviembre 1879).

Artículo 1905.—Los títulos inscritos surtirán su efecto áun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun.

ORÍGENES

Art. 24, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Debiendo satisfacer con los bienes del concursado los gastos y costas del procedimiento, es incuestionable el derecho que asiste á los síndicos para que se les abonen las cantidades que hubieran suplido en aquel concepto al rendir cuentas, sin que pueda decirse que la sentencia que así lo declara infringe el art. 24 de la ley Hipotecaria, porque la preferencia en el pago de dichos gastos y costas es una consecuencia de la obligacion contraída por los mismos acreedores al hacer el nombramiento de los síndicos, y depositar en ellos su confianza, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo (Sent. 21 Setiembre 1872).

El art. 24 de la ley Hipotecaria, en que se declara que los títulos inscritos surtirán sus efectos áun contra los acreedores singularmente privilegiados, se refiere á los contratos ó actos posteriores á la misma, quedando los anteriores sujetos á la legislacion que regía cuando tuvieron lugar (Sent. 21 Abril 1874).

Si está demostrado en autos, y convenido entre las partes litigantes, que al entregarse la ampliacion de embargo solicitada por un acreedor sobre la suerte de un olivar, y al extenderse en el Registro de la propiedad la nota de suspension de la anotacion preventiva, por no constar inscrita la propiedad de aquella finca, no aparecen en dicho Registro inscripcion ni dato alguno que acreditase que la mencionada perteneciera al deudor de aquél, miéntras que, por el contrario, resulta justificado, á virtud de las diferentes pruebas aducidas por el tercer opositor, y apreciadas por la Sala sentenciadora, que éste poseía dicha finca como de su exclusivo dominio: al absolver al ejecutante de la tercería, se infringen el art. 24 de la ley Hipotecaria, y la ley 6.ª, tít. V, Partida 5.ª (Sent. 5 Enero 1876.)

Artículo 1906.—Los títulos inscritos no surtirán su efecto, en cuanto á tercero, sinó desde la fecha de la inscripcion.

ORÍGENES

Art. 25, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Si la sentencia, al declarar el preferente derecho de la demandante por su dote, se funda en un título hipotecario inscrito, miéntras que el del ejecutante sólo descansa en una obligacion personal, cualquiera que sea la fecha de la inscripcion, siendo válido y eficaz el contrato del cual nace el derecho, siempre será preferido en los bienes hipotecados al que deriva de una obligacion personal, y por lo tanto no infringe el art. 25 de la ley Hipotecaria (Sent. 26 Marzo 1878).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

No procede la vía gubernativa para dejar sin efecto los acuerdos, ni está en el ministerio de Gracia y Justicia poder anular ó cancelar los asientos extendidos en los libros del Registro, sea cualquiera el orígen de donde dimane la órden para extenderlos, sinó en la de los Tribunales de justicia, cuando previamente no se obtiene el consentimiento de la persona ó personas á cuyo favor se haya practicado la inscripcion.

No se pueden suspender tampoco los acuerdos para las fincas que en lo sucesivo se inscriban, pues áun cuando se derogasen, deberían cumplirse con arreglo á la ley Hipotecaria, que exige la expresion de las cargas reales impuestas sobre las fincas (Res. Dir. Gen. 31 Julio 1874).

Artículo 1907.—Para determinar la preferencia entre dos ó más inscripciones de una misma fecha, relativas á una misma finca, se atenderá á la hora de la presentacion en el Registro de los títulos respectivos.

ORÍGENES

Art. 26, ley Hipotecaria.

Artículo 1908.—Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.

ORÍGENES

Art. 27, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

No se quebrantan los artículos 23, 27 y 396 de la ley Hipotecaria, si además de aparecer en autos que la escritura base de la demanda ha sido registrada á debido tiempo en la antigua contaduría de Hipotecas, y los demas documentos presentados por el demandante no precisaban este requisito, ni por su naturaleza ni por el objeto con que fueron llevados al pleito, conforme al último de los citados artículos, el demandado no opuso á estos títulos otros que hubieren sido inscritos, circunstancia que es indispensable para que legalmente pueda ser considerado como tercero en la acepcion del art. 27 y disfrutar de los beneficios del art. 23 de la citada ley Hipotecaria (Sent. 3 Mayo 1877).

Artículo 1909.—Se considera como fecha de la inscripcion, para todos los efectos que ésta debe producir, la fecha del asiento de presentacion, que deberá constar en la inscripcion misma.

ORÍGENES

Art. 28, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Consignado en la ley Hipotecaria el principio de que la fecha legal de todas las inscripciones en general es la del asiento de presentacion en el Registro de los títulos que á la misma se refieran, y no siendo posible en la mayor parte de las oficinas hacer las inscripciones principales en el mismo día de su presentacion, se atribuye por una parte á aquellos asientos los efectos de las inscripciones, y se limitan los mismos á un plazo determinado, dentro del cual han de quedar definitivamente despachados (Res. Dir. Gen. 24 Junio 1874).

Artículo 1910.—El dominio ó cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones ó anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripcion separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentacion del título respectivo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuício de la obligacion de inscribir especialmente los referidos derechos, y de la responsabilidad en que pueda incurrir la persona que en casos determinados deba pedir la inscripcion.

ORÍGENES

Art. 29, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Si bien con arreglo al art. 29 de la ley Hipotecaria los censos y demas derechos reales, de que se hace mérito como pertenecientes al interesado, surten efecto contra tercero, aunque no se hallen inscritos en el Registro por una inscripcion especial y separada, quedando asegurado el derecho por esta sola mencion, no es este motivo bastante para hacer por separado la inscripcion de dichos derechos, porque es un principio fundamental en materia de Registros de la propiedad, que las inscripciones únicamente pueden practicarse en virtud de los títulos que acrediten la adquisicion de los derechos que han de inscribirse, y de ningun modo por la referencia que de ellos se haga en otros asientos de los libros (Res. Dir. Gen. 17 Enero 1876).

Que la expresa mencion hecha de la nuda propiedad produce todos los efectos legales contra tercero, aunque no esté consignado en asiento separado, y sin perjuício de la obligacion de extenderlo, segun la doctrina del artículo 29 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. General 7 Julio 1876).

Artículo 1911.—Las inscripciones de los títulos expresados en los artículos 1883 y 1886 (2.° y 5.° de la ley), á excepcion del de hipoteca, serán nulas cuando carezcan de las circunstancias comprendidas en los números primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo del artículo 1890 (9.° de la ley) y en el número primero del art. 1894 (13 de la ley).

Las inscripciones de hipotecas serán nulas cuando carezcan de las circunstancias expresadas en los números primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y octavo del mismo art. 1890 (9.° de la ley).

ORÍGENES

Art. 30, ley Hipotecaria.

Segun el título inscrito, el interesado que adquirió los bienes por fallecimiento de su esposa que le instituyó heredero de ellos con la facultad de enajenarlos, caso de necesidad, tiene derecho á vender ó enajenar por título oneroso, en virtud de la institucion hecha á su favor, los bienes que dejó la testadora en caso de urgente y extrema necesidad, que por las palabras de la testadora debe graduar exclusivamente el instituído.

Si bien en las escrituras de venta no se ha consignado esta necesidad, esta omision no produce *ipso jure* la nulidad de las mismas, ni de los instrumentos públicos en que se han consignado, siendo á lo sumo una falta de expresion, subsanable por el vendedor en cualquier tiempo (Res. Dir. Gen. 15 Noviembre 1876).

Artículo 1912.—La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente, no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito.

ORÍGENES

Art. 31, ley Hipotecaria.

Artículo 1913.—Se entenderá que carece la inscripcion de alguna de las circunstancias comprendidas en los números y artículos citados en el art. 1911 (30 de la ley Hipotecaria), no solamente cuando se omita hacer mencion en ella de todos los requisitos expresados en cada uno de los mismos artículos ó números, sinó tambien cuando se expresen con tal inexactitud, que pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma, y perjudicado ádemas en su consecuencia.

Cuando la inexactitud no fuese sustancial, conforme á lo prevenido en el párrafo anterior, ó la omision no fuese de todas las circunstancias comprendidas en alguno de los referidos números ó artículos, no se declarará la nulidad sinó en el caso de que llegue á producir el error y el perjuício.

ORÍGENES

Art. 32, ley Hipotecaria.

Artículo 1914.—La inscripcion no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Art. 33, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La inscripcion de los documentos públicos en el Registro de la propiedad no convalida los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes, porque así lo dispone expresamente el art. 33 de la ley Hipotecaria (Sent. 1.º Diciembre 1873).

Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, es indispensable, no sólo que el vendedor sea dueño de ellos, sinó que tenga capacidad civil para enajenarlos, y declarada nula la enajenacion, queda tambien anulada su inscripcion en el Registro de la provincia, segun dispone el art. 33 de la ley Hipotecaria, favoreciendo al tercero la excepcion del art. 34 de la misma, cuando los vendedores aparecen en el Registro con derecho para enajenar válidamente (Sent. 30 Diciembre 1875).

Si bien el art. 33 de la ley Hipotecaria establece que la inscripcion no convalida los contratos nulos con arreglo á las leyes, está en relacion con el 34, en el que se previene que los contratos otorgados por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidan en cuanto á tercero, una vez inscritos (Sent. 10 Abril 1876).

Artículo 1915.—No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten ó contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto á los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro. Tampoco se invalidarán dichos actos ó contratos con respecto á las citadas personas, áun cuando

despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito, si la inscripcion hecha á favor de aquél se hubiere notificado á los que en los veinte años precedentes hayan poseído, segun el Registro, los mismos bienes y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días.

La notificacion á que se refiere el párrafo anterior se verificará á solicitud del que, segun el Registro, sea dueño del inmueble ó del derecho real, por el mismo registrador, verbalmente ó por escrito, á los anteriores adquirentes que tuviesen registrado su derecho y residan en el territorio del Registro, y por edictos á los que se hallen ausentes ó no sean conocidos y á los herederos de los que hayan fallecido.

Los requeridos de cualquiera de estos modos que en el término de treinta días no presenten en el Juzgado ó Tribunal correspondiente demanda que pueda invalidar la inscripcion notificada, no podrán hacer valer su derecho, si alguno tuviesen, contra el tercero que inscriba despues el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripcion anterior proceda de un título falso ó nulo.

La notificacion personal se verificará dejando en poder del requerido un breve extracto de la parte de la inscripcion que pueda interesarle, recogiendo recibo de ella; ó si esto no fuere posible, extendiendo el mismo registrador una diligencia de entrega. Si el requerido contestase verbalmente que no tiene reclamacion que hacer, ó dejare trascurrir el término de los treinta días sin traer al Registro documento que acredite la presentacion de su demanda, el registrador lo hará constar tambien por diligencia. Cuando el requerido contestase por escrito, será éste firmado de su puño, y el registrador lo conservará en su archivo.

Los edictos, en su caso, se publicarán y fijarán por el registrador en los parajes acostumbrados del lugar en que radique la finca, y del pueblo del Registro, y en el *Boletin Oficial* de la provincia.

Si en los treinta días señalados no se entablare demanda que pueda dejar sin efecto la inscripcion, el registrador, ocho días despues, pondrá en ésta una nota marginal expresando aquel resultado. En cualquiera otro caso no se extenderá dicha nota hasta que sea vencido en juício el anterior adquirente que hubiera reclamado contra la inscripcion.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable á la inscripcion de la mera posesion, á ménos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho inscrito.

ORÍGENES

Art. 34, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Segun el art. 34 de la ley Hipotecaria, los actos ó contratos ejecutados ú otorgados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidan en perjuício de tercero si contrató de buena fe, áun cuando el acto que produjo la inscripcion sea posteriormente declarado nulo, con arreglo á las leyes. Esta disposicion se halla confirmada por el art. 396 de la misma ley, el 333 del Reglamento para su aplicacion, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sent. 21 Febrero 1870).

La sentencia que entre dos inscripciones hechas en el Registro de la propiedad da más valor á la que es más antigua, no infringe los artículos 23, 34 y 35 de la ley Hipotecaria, sinó que, por el contrario, se ajusta á sus preceptos (Sent. 28 Junio 1871).

Con arreglo al art. 34 de la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, los contratos otorgados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello no se invalidan en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro; y sólo por un título inscrito puede invalidarse, en perjuício de tercero, otro posterior tambien inscrito (Sent. 8 Julio 1871).

La circunstancia de hallarse anotada preventivamente en el Registro, como parte de capital social, la cosa que vendió el socio gerente de una compañía mercantil cuando lo adquirió el comprador, no basta para legitimar el con-

trato, ni para impedir que se invalide por la notoria carencia de facultades en el vendedor; por lo que no tiene aplicacion al caso lo dispuesto en el art. 35 de la ley Hipotecaria, pues para que lo tuviese seria preciso que se anulase el derecho del gerente para la enajenacion, en virtud del título anterior no inscrito ó de causas que no resultasen claramente del mismo Registro (Sent. 25 Octubre 1873).

La ley 7.ª, tít. XV, Partida 5.ª, que exige para la revocacion de las enajenaciones de los deudores á favor de los acreedores que sean de todos los bienes, y hechas despues que los primeros han sido condenados en juicio al pago de sus deudas, porque el que todo lo suyo enajena de esta manera da á entender que lo hace maliciosamente ó con engaño, ha sido modificada por el art. 35 de la ley Hipotecaria, en que se dispone que los contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidan en cuanto á tercero, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no resulten claramente del mismo Registro (Sent. 6 Noviembre 1873).

No se infringe la ley 9.ª, tít. XIII, Partida 5.ª, modificada por el art. 34 de la ley Hipotecaria, si el que constituye la hipoteca aparece como dueño en el Registro (Sent. 10 Abril 1876).

Artículo 1916.—La prescripcion que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesion que ha de producirla.

Tampoco perjudicará á tercero la que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro.

El término de la prescripcion principiará á correr, en uno y en otro caso, desde la fecha de la inscripcion.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislacion comun.

ORÍGENES

Art. 35, ley Hipotecaria.

Artículo 1917.—Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley.

ORÍGENES

Art. 36, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Si bien por los artículos 36 y 38 de la ley Hipotecaria se dispone que la accion rescisoria no se dé contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en la misma, no pueden ser aplicables dichas prescripciones cuando se ha dirigido demanda de retracto contra el comprador, y ha sido presentada, proveida y ampliada al tercero, con anterioridad á la inscripcion de su escritura en el Registro de la propiedad (Sentencia 12 Junio 1866).

La inscripcion en el Registro de la propiedad de los derechos á la mitad reservable de un vínculo, nunca puede perjudicar la preferencia de los que hubiesen inscrito los suyos con anterioridad, ni hacer admisible la accion rescisoria en cuanto se oponga á lo determinado en los artículos 36, 37 y 38 de la ley Hipotecaria (Sent. 15 Marzo 1871).

Artículo 1918.—Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

1.° Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su orígen á causas que consten explícitamente en el Registro.

2.° Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenacion haya sido hecha por título gratuíto.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el día de la enajenacion fraudulenta.

ORÍGENES

Art. 37, ley Hipotecaria.

Artículo 1919.—En consecuencia de lo dispuesto en el art. 1917 (36 de la ley Hipotecaria), no se anularán ni rescindirán

los contratos en perjuício de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

1.ª Por revocacion de donaciones, en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario las condiciones inscritas en el Registro.

2.ª Por causa de retracto legal en la venta ó derecho de tanteo en la enfitéusis.

3.ª Por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago.

4.ª Por la doble venta de una misma casa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita.

5.ª Por causa de lesion enorme ó enormísima.

6.ª Por efecto de la restitucion *in integrum* á favor de los que disfrutan este beneficio.

7.ª Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusion de las exceptuadas en el artículo anterior.

8.ª Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripcion.

En todo caso en que la accion resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero, conforme á lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnizacion de daños y perjuícios por el que los hubiese causado.

ORÍGENES

Art. 38, ley Hipotecaria.

Artículo 1920.—Se entenderá enajenacion á título gratuíto en fraude de acreedores en el caso primero, número segundo del artículo 1918 (37 de la ley Hipotecaria), no solamente la que se haga por donacion ó cesion del derecho, sinó tambien cualquiera enajenacion, constitucion ó renuncia de derecho real que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes, y las de comercio en su caso, para la revocacion de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente ú obligacion preexistente y vencida.

ORÍGENES

Art. 39, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Si la accion ejercitada por el demandante para la rescision de una venta es personal, sin que haya adquirido ningun derecho real sobre la cosa vendida, por lo que se denegó la inscripcion en el Registro de la propiedad del título que le trasmitió el derecho á percibir los plazos no satisfechos desestimando la demanda, no se infringen los artículos 37 y 38 de la ley Hipotecaria, porque al disponer el art. 38, en su causa 3.ª, que no se rescindirán los contratos por no haberse negado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago, no establece el principio absoluto de que siempre que se inscriba el aplazamiento del pago proceda la rescision, sinó que dejando intacto el derecho sobre esta materia, determina que nunca puede tener lugar la rescision contra tercero por no haberse pagado el precio de la venta, si no consta en el Registro la circunstancia rescisoria (Sent. 8 Enero 1874).

El art. 39 de la ley Hipotecaria declara que es enajenacion á título gratuíto hecha en fraude de acreedores aquella en que no media preció, ni su equivalente ú obligacion preexistente y vencida (Sent. 21 Noviembre 1878.)

Artículo 1921.—Se podrán revocar, conforme á lo declarado en el artículo anterior, y siempre que concurran las circunstancias que en él se determinan:

1.° Los censos, enfitéusis, servidumbres, usufructos y demas derechos reales constituídos por el deudor.

2.° Las constituciones dotales ó donaciones *propter nuptias* á favor de la mujer, de hijos ó de extraños.

3.° Las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas.

4.° Las hipotecas voluntarias constituídas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía, y no

vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligacion principal.

5.° Cualquier contrato en que el deudor traspase ó renuncie expresa ó tácitamente un derecho real.

Se entenderá que no media precio ni su equivalente en los dichos contratos, cuando el notario no dé fe de su entrega, ó si confesando los contrayentes haberse ésta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho ó se probare que debe ser comprendido en el caso tercero del presente artículo.

ORÍGENES

Art. 40, ley Hipotecaria.

Artículo 1922.—Se considerará el poseedor del inmueble ó derecho real cómplice en el fraude de su enajenacion, en el caso segundo, número segundo del art. 1918 (37 de la ley):

1.° Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenacion se hiciera, y que coadyuvó á ella como adquirente inmediato, ó con cualquier otro carácter.

2.° Cuando hubiere adquirido su derecho, bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad, ó ménos de la mitad, del justo precio.

3.° Cuando habiéndose cometido cualquiera especie de suposicion ó simulacion en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella.

ORÍGENES

Art. 41, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Aunque el comprador de la finca inscriba su título en el Registro de la propiedad, esta inscripcion, siempre que la venta se haya hecho en fraude de acreedores, se halla comprendida entre las que se deben anular, segun el art. 41 de la ley Hipotecaria, en relacion con el 37 y 39 de la misma ley (Sent. 11 Marzo 1878).

CAPÍTULO III

DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS (1)

Artículo 1923.—Podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente:

1.° El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitucion, declaracion, modificacion ó extincion de cualquier derecho real.

2.° El que en juicio ejecutivo obtuviere á

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

ANOTACIONES PREVENTIVAS.—Ya deja la Comision expuestos los motivos que la han obligado á sustituir esta denominacion á la antigua de *hipotecas judiciales*, y explicados los principios que respecto á ella prevalecen en el Proyecto. Ahora le toca descender á algunas disposiciones particulares.

Por lo mismo que la hipoteca judicial no emana de la voluntad del dueño de la cosa hipotecada, debe restringirse la facultad de los particulares para pedirla, y la del juez para decretarla. Sólo puede justificarse la coartacion del derecho de propiedad cuando tenga por objeto la proteccion de otros derechos no ménos atendibles, ó la necesidad de adoptar precauciones que impidan al deudor ó litigante hacer imposible en su día el cumplimiento de una sentencia ejecutoria, ó constituirse en el caso de no tener bienes con que responder á las reclamaciones justas que contra él se dirijan.

Esto lo ha procurado hacer la Comision, señalando explícitamente los casos en que podrá tener lugar la anotacion preventiva.

Pero ademas de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales, se necesitan otras que tiendan á asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallan en el caso de ser inscritos, bien porque no son aún definitivos, ó bien porque su verdadera importancia no está aún determinada.

Este es el fundamento de las anotaciones preven-

su favor mandamiento de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor.

3.° El que en cualquier juício obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse á efecto por los

---

tivas á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios.

Respecto al legatario. Desde luégo puede comprenderse que la facultad de pedir la anotacion preventiva sólo se debe dar al legatario que no tiene el derecho de provocar el juício de testamentaría. El legatario de parte alícuota, más que legatario, puede considerarse como heredero: su condicion es parecida en muchas cosas á la de éste, y con el derecho que tiene de salvar sus legítimos intereses, impetrando la intervencion de la autoridad judicial, está suficientemente garantido.

La proteccion de la ley de Hipotecas sólo, pues, debe venir en auxilio del que carezca de aquel derecho. Cuando la cosa legada es determinada é inmueble con arreglo á los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que espira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, miéntras llega el caso de que la tradicion se verifique, justo es, por lo ménos, que tenga derecho el dueño á impedir que la cosa se enajene á un tercero, que por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe, pueda despues defenderse con éxito de la reivindicacion. Lo que se dice del legatario de bienes inmuebles es aplicable por identidad de razon al legatario de créditos ó pensiones consignadas sobre bienes raíces tambien, porque tienen sobre ellos un verdadero derecho real.

No es esta regla aplicable exactamente al legatario de género, aunque lo sea su espíritu. El legatario de género no tiene una accion real en virtud de la cual pueda reivindicar una cosa determinada de la herencia; tiene sólo una accion personal, por la cual puede obligar al heredero á que cumpla con la voluntad del testador; pero si bien esto es cierto, tambien lo es que nuestro derecho, adoptando la innovacion introducida por el emperador Justiniano, ha constituído como garantía de la obligacion personal del heredero una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Justo es, pues, que con una anotacion preventiva ponga á salvo su derecho el legatario, ya lo sean de bienes muebles determinados, de género ó cantidad, ya de bienes inmuebles, de las dilapidaciones ó fraudes de un heredero poco respetuoso á la memoria de su favorecedor. Mas esto debe entenderse sin perjuício del que tenga un derecho preferente sobre cosa determinada; por esto ha añadido la Comision que el legatario de género ó cantidad no pueda exigir anotacion sobre bienes inmuebles, legados especialmente á otro, lo que equivaldría á anular la trasmision en éstos del dominio que la ley establece á su favor, y que despues de obtenida la anotacion tampoco tengan derecho á impedir que otro legatario obtenga igual beneficio dentro del plazo concedido á todos. Tiene aquí aplicacion lo que respecto á la concurrencia de las anotaciones preventivas, llamadas hasta ahora hipotecas judiciales, queda expuesto anteriormente.

Este derecho no debe ser limitado; sólo debe durar el tiempo que los legatarios no tengan expedita la facultad de reclamar con éxito la cosa legada. Las leyes por justas causas establecen que miéntras dure el tiempo otorgado para la formacion del inventario, no puedan ser los herederos inquietados por los legatarios. Proteger á éstos, principalmente miéntras por otros medios más eficaces y directos no puedan obtener las mandas, es lo que hace el Proyecto. Pero el término para formar el inventario no es siempre el mismo, ni con arreglo á la legislacion actual, ni segun el proyecto del Código civil; segun la legislacion actual, porque ordena que para acogerse á su beneficio ha de comenzar dentro de los treinta días contados desde que los herederos sepan que lo son, y concluirse dentro de tres meses, estando en el mismo pueblo todos los bienes hereditarios, y dentro de un año si están en pueblos diferentes; segun el nuevo Proyecto, porque despues de establecer que el inventario se principie á más tardar dentro de treinta días desde que espiró el término señalado para que asistan á su formacion los acreedores y legatarios, ordena que se concluya dentro de otros sesenta.

Por esto la Comision creyó preferible establecer un término general para el solo efecto de poder pedir la anotacion preventiva sobre cualesquiera bienes hereditarios, dejando despues libre la facultad de reclamarla en todo tiempo sobre los bienes que subsistan; pero sin que la anotacion surta efecto contra el que ántes haya inscrito su derecho sobre los mismos bienes. De este modo, los que adquieren bienes inmuebles ú otros derechos reales sobre la propiedad raíz hereditaria en los ciento ochenta días expresados, saben el peligro á que se exponen. Si una anotacion preventiva les daña, impútenselo á sí mismos, porque no debían ignorar que durante el tiempo que queda señalado, están sujetos á responder á los legatarios en lo que alcanzaren los bienes inmuebles que pertenecían á la herencia. Así se evitan fraudes por parte de los herederos, y se les da un estímulo para que cumplan cuanto ántes la voluntad del testador, al mismo tiempo que se consulta al interes de los legatarios y al legítimo de los que despues de espirar el plazo hayan adquirido derechos reales. Mas estas anotaciones preventivas no tienen fuerza indefinidamente: el trascurso de un año bastará para quitársela, á no ser que ni áun entónces sea exigible el legado, en cuyo caso la anotacion subsistirá en todo su vigor hasta dos meses despues del dia en que pueda exigirse. Fúndase esto en que el que tiene medios eficaces para conseguir el legado, y deja de hacerlo, no merece la proteccion que se dispensa al que de otro modo no puede mantener incólume su derecho.

Mas la ley no sería justa si al mismo tiempo que consulta los derechos de los legatarios, no lo hiciera tambien con los del heredero. Puede éste apresurarse á cumplir la voluntad del finado; puede satisfacer tambien á los legatarios de un modo que sea útil para todos. Impedir que en estos casos el heredero inscriba las fincas á su favor ántes del término de los ciento ochenta días, equivaldría á privarle, aunque temporalmente, del derecho de propiedad, ó á considerarlo obligado con una hipoteca que ya no tiene objeto. Por esto el Proyecto ordena que puede hacer á su favor la inscripcion de los bienes hereditarios en el plazo referido, con tal que todos los legatarios renuncien previamente y en escritura pública á su derecho de anotacion, ó que en defecto de esta renuncia se notifique solemnemente á los legatarios, con treinta días de anticipacion, la solici-

trámites establecidos en el tít. XVIII, parte primera de la Ley de Enjuiciamiento civil.

4.° El que demandando en juício ordinario el cumplimiento de cualquiera obligacion,

tud del heredero, para que durante este término puedan usar del derecho de anotacion.

Respecto al refaccionario. Si digno es de ser considerado como hipotecario el crédito del que da su dinero para la construccion ó reparacion de un edificio, despues de invertirse en la obra toda la cantidad convenida, áun en el caso de que expresamente no se haya pactado la hipoteca, digno es tambien de ser considerado como hipotecario por las cantidades que parcialmente vaya anticipando miéntras dure la edificacion, concediéndole al efecto el derecho de exigir una anotacion preventiva sobre la finca refaccionada por las cantidades que hubiere anticipado.

Mas respecto á esta hipoteca, tan privilegiada en nuestro Derecho actual, ha tenido la Comision que entrar en algunas consideraciones. Justo es que los acreedores refaccionarios tengan una hipoteca sobre la finca que tal vez deba sólo su existencia y casi siempre su mayor valor á las construcciones hechas con el dinero tomado á préstamo para su reparacion; pero no es tan justificable el privilegio que les da la ley de ser antepuestos á todos los demas acreedores hipotecarios más antiguos, exceptuando al fisco y á la mujer por lo que á la dote se refiere, los cuales, gozando de igual privilegio, guardan entre sí el órden de antigüedad. Proviene de aquí que cuando concurren varios acreedores refaccionarios, sean satisfechos por órden inverso, comenzando por los más modernos; preferencia que se funda en el beneficio que á todos produce la conservacion de la cosa que se supone debida al último acreedor. No es tan aceptable esta regla como aparece á primera vista. Su resultado puede ser, que los acreedores hipotecarios anteriores pierdan por completo su derecho por reparaciones que tal vez no sean necesarias ni útiles, sinó hechas indiscretamente, quizá por capricho y sin la intervencion de los que se ven privados de su derecho por una preferencia fundada en la presuncion de que les es provechoso lo que en realidad les trae perjuícios irreparables. Justo indudablemente es que su hipoteca sea preferida á cualquiera otra más antigua, por el mayor valor que la finca reciba en virtud de las nuevas construcciones, pero quedando subsistente el derecho de los acreedores anteriores por un valor igual al que realmente tenía al emprenderse la reparacion. En esto se funda la Comision para proponer que el acreedor refaccionario sea considerado como hipotecario legal respecto á lo que exceda el valor de la finca al de las obligaciones anteriores reales que están inscritas, y en todo caso respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca ántes de las obras y el que alcance en su enajenacion judicial. Mas para esto es necesario, ó bien que los acreedores hipotecarios anteriores convengan unánimemente y de un modo solemne, tanto en lo tocante al valor de la finca ántes de empezar las obras, como sobre el objeto y necesidad ó utilidad de la refaccion, ó que el juez, con citacion de ellos, haga constar su valor. De este modo se da garantía bastante á los acreedores antiguos y á los refaccionarios.

Títulos que pueden anotarse preventivamente.—El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos á que las leyes niegan fuerza coactiva. Cuando se presenta á la inscripcion un título de esta clase, no debe el registrador anotarlo preventivamente. Pero como la falta de que el título adolezca puede ser subsanable ó insubsanable, deben ser diversas las resoluciones que en uno ú otro caso se adopten en el Proyecto.

Si conceptúa el registrador como insubsanable la falta, sería injusto, en el supuesto de ser equivocada su apreciacion, que se siguiera de ello perjuício al que fué oportunamente á inscribir un título válido: lo sería tambien que el errado concepto del registrador se convirtiera en daño de un adquirente ó de un acreedor hipotecario, que ignorando la cuestion pendiente y observando que en el registro no había ninguna inscripcion ni anotacion, adquiriera un derecho real sobre la finca. Para obviar estas dificultades propone la Comision que en tales casos se ponga una nota marginal al asiento de la presentacion, en que concisamente se exprese el motivo de haberse negado la inscripcion ó la anotacion. Esta nota marginal, que será una saludable advertencia á cuantos vean el asiento, y que bastará para que conozcan los peligros á que puede llevarlos cualquier contrato que piensen celebrar, sólo surtirá efecto por el espacio de treinta dias, durante cuyo término, el quejoso de la calificacion hecha por el registrador podrá acudir á los Tribunales pidiendo la declaracion de validez, y solicitando al propio tiempo que se tome anotacion preventiva de la demanda, retrotrayéndose el efecto de ésta á la fecha del asiento de presentacion.

Mas cuando los títulos que se llevan á la inscripcion sólo tienen defectos subsanables, entónces, al paso que una anotacion preventiva pondrá á todos al corriente del verdadero estado de la finca, el que presenta el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento que podrá exigir al registrador, para hacer constar en todo tiempo si había ó no pendientes de inscripcion otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles eran éstos al tiempo de hacer la anotacion. Esta anotacion sólo tiene carácter interino; á los interesados les corresponde subsanar el defecto y poner su derecho á cubierto de toda objecion justa: al efecto se les señala el término de sesenta dias, que podrá, cuando concurran ciertas causas, prorogarse hasta ciento sesenta por la autoridad judicial. El que se descuida ó desprecia el precepto legal, queda castigado con la caducidad de la anotacion.

Efecto de las anotaciones preventivas.—Expuestos quedan ya los efectos de las anotaciones preventivas, cuando siendo el resultado de una providencia judicial, tengan el carácter de transitorias para asegurar las consecuencias de un juício. Fuera de estos casos, las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripcion y hacen que ésta surta su efecto desde la fecha que llevan. La razon de la diferencia salta á la vista: en los casos en que sólo se trata de asegurar para su dia el cumplimiento de la cosa juzgada, no puede decirse con justicia que por la providencia judicial, que sólo tiene carácter de preventiva, se cambia la índole de la obligacion, ni que de simple se convierte en hipotecaria, ni que hace peor la condicion de los acreedores que están en idéntica circunstancia, ni que destruye el órden de prelacion de los créditos hipotecarios que se halla establecida por las leyes; pero las demas anotaciones preventivas son un verdadero derecho hipotecario, constituido en virtud de la ley, y ejercitado por el acreedor, si bien por las dudas á que dan lugar los títulos presentados ó por circunstancias transitorias, no han llegado aún á la inscripcion.

obtuviere, con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenacion de bienes inmuebles.

5.° El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el número cuarto del art. 1883 (2.° de esta ley).

6.° El legatario que no tenga derecho, segun las leyes, á promover el juício de testamentaría.

7.° El acreedor refaccionario, miéntras duren las obras que sean objeto de la refaccion.

8.° El que presentare en el oficio del Registro algun título, cuya inscripcion no pueda hacerse definitivamente por falta de algun requisito subsanable, ó por imposibilidad del registrador.

9.° El que en cualquiera otro caso tuviere derecho á exigir anotacion preventiva, conforme á lo dispuesto en esta ley.

ORÍGENES

Art. 42, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Como la anotacion preventiva no varía la naturaleza del crédito para cuya seguridad se hace, tiene éste que sujetarse, cuando concurre con otros créditos, á las leyes que regulan la preferencia entre los mismos, no siendo posteriores á la anotacion (Sent. 5 Abril 1878).

Tiene derecho á pedir la anotacion preventiva el acreedor refaccionario que reclama en juício el importe de las obras objeto de la refaccion, puesto que la cuestion litigiosa que por este motivo se promueve versa sobre el cobro de un crédito, que por la ley tiene carácter de hipotecario, y que como tal afecta á la finca refaccionada (Sent. 2 Julio 1868).

A la citacion para el acto de conciliacion no pueden darse hoy los efectos que al emplazamiento para contestar una demanda atribuye la ley 13, tít. VII de la Partida 3.ª, ya porque segun la de Enjuiciamiento civil dicho acto no tiene el carácter ni áun el nombre de juicio, ya tambien porque el art. 42 de la ley Hipotecaria permite la anotacion preventiva de las demandas de propiedad, y no la de los actos de conciliacion, como lo haría si por estos adquiriese la cosa el carácter de inalienabilidad que le da la interposicion de la demanda reivindicatoria (Sent. 14 Enero 1869).

Cuando al interponer una corporacion del Estado, en nombre de éste, demanda reivindicatoria sobre unos terrenos cuyos poseedores los tenían vendidos, pidió y obtuvo conforme á los artículos 42 de la ley Hipotecaria y 41 del Reglamento, anotacion preventiva de aquéllos en el Registro de la propiedad, constituyendo en autos obligacion de indemnizar los perjuícios que de ella pudieran seguirse á los demandados en caso de ser absueltos por sentencia firme, es incuestionable su derecho á percibir el importe de los daños sufridos, y la obligacion de la expresada corporacion y del Estado en su nombre á satisfacerlos (Sent. 22 Diciembre 1871).

Con arreglo á la legislacion anterior á la ley Hipotecaria y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las hipotecas judiciales, lo mismo que las anotaciones preventivas de dicha ley, establecidas como éstas para asegurar la ejecucion de una sentencia, llevan necesariamente consigo la prohibicion de enajenar las fincas hipotecadas ó anotadas, en perjuício del derecho de la persona á cuyo favor se hubiere hecho la anotacion; así como un embargo practicado judicialmente, con las formalidades debidas, lleva consigo la prohibicion de enajenar la finca embargada, sin conocimiento y autorizacion del juzgado que lo decretó (Sent. 14 Noviembre 1874).

La ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, igualmente que la reformada, que comenzó á regir en 1.° de Enero de 1871, al comprender en el núm. 2.° de su art. 42, entre los que pueden pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos, «el que en juício ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes raíces *del deudor*,» limitó, como no podia ménos, por esta última palabra, los efectos de aquella disposicion á los bienes raíces embargados que realmente pertenezcan al *deudor*, dejando á salvo el derecho de cualquier otra persona, cuyos bienes hubiesen sido indebidamente incluídos en el embargo (Sent. 5 Enero 1876).

Si bien la Real órden de 11 de Mayo de 1863 previene lo que ha de hacerse cuando los bienes embargados no aparezcan inscritos á favor del deudor, y añade que en tales casos no debe entenderse aplicable la disposicion del art. 96 de la ley Hipotecaria, concede á la vez diferen

tes medios para subsanar la expresada falta, cuya omision por parte de los interesados en los embargos hace estéril é ineficaz la anotacion preventiva. Los medios concedidos son los siguientes: el de pedir que se requiera al considerado como dueño para que subsane la falta, y caso de negarse, solicitar que el juez lo acuerde, si tienen ó pueden adquirir los títulos al efecto necesarios; el de suplir la falta de estos títulos cuando el propietario se niegue á verificar la inscripcion, con la informacion posesoria establecida en dicha ley; y finalmente, el de solicitar que se saquen á remate los bienes embargados, con la condicion de que el rematante suministre la informacion posesoria y verifique la inscripcion omitida ántes del otorgamiento de la escritura de venta, en el término que sea suficiente y el juez señale, practicando todo lo que el interesado en el embargo podría hacer, segun lo expresado en las disposiciones anteriores (Sent. 5 Enero 1876).

Segun el caso cuarto del art. 42 de la ley Hipotecaria, la anotacion preventiva de una finca tiene por objeto asegurar las consecuencias de un juício, cuando se demanda el cumplimiento de una obligacion (Sent. 17 Abril 1873).

Promovido incidente por la parte demandante para que se verifique dicha anotacion, y formada al efecto pieza separada, debe darse traslado al colitigante por término de seis días, segun previene el art. 342 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. id. id. id.).

Las anotaciones preventivas acordadas por providencia judicial para sólo el objeto de asegurar las consecuencias de un juício, no pueden calificarse de sentencias, y ménos de sentencias definitivas, porque no declaran ningun derecho ni modifican el carácter de las obligaciones que garantizan, siendo por su propia índole, y por los efectos que la ley Hipotecaria las atribuye, esencialmente revocables y transitorias (Sent. 9 Mayo 1873).

La disposicion especial que respecto á los acreedores refaccionarios consigna el número sétimo del art. 42 de la ley Hipotecaria, no se refiere, como las anteriores, á las anotaciones preventivas que puedan tener lugar en el curso de los procedimientos judiciales, sinó á las que tienen por objeto asegurar un derecho real no litigioso, que por circunstancias transitorias no ha llegado á ser inscrito, no pudiendo en su consecuencia ser aplicable á los casos en que existe litigio (Sent. 2 Julio 1868).

Las anotaciones preventivas, resultado de una providencia judicial y dirigidas únicamente á garantir las consecuencias del juicio, no crean ni declaran ningun derecho, ni alteran la naturaleza de las obligaciones, ni mucho ménos convierten en real é hipotecaria la accion que anteriormente no tenía este carácter, ni producen otros efectos, con arreglo al art. 44 de la ley Hipotecaria, que los de que el acreedor que las obtenga sea preferido en cuanto á los bienes anotados solamente á los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á dicha anotacion (Sent. 20 Marzo 1874.)

Los autos de los Tribunales por los que se manda anotar preventivamente en el Registro de la propiedad bienes inmuebles que son objeto de litigio, no definen de una manera irrevocable los derechos que las partes alegan: y bajo este supuesto, no pueden considerarse como sentencias definitivas (Sent. 20 Abril 1874).

Aunque el primer comprador presentase el mismo día en que se otorgó la segunda venta demanda ordinaria, ejercitando accion personal para que se compeliese al vendedor al otorgamiento de la venta, y de esta demanda se mandase hacer y áun se hiciera anotacion preventiva en el Registro de la propiedad, este hecho no le favorece, por cuanto no está comprendido el caso en ninguno de los señalados en el art. 42 de la ley Hipotecaria, ni la anotacion preventiva pudo, por consiguiente, surtir los efectos que le atribuyen contra el mismo deudor, sinó el calificar cuál de los dos compradores de una finca raíz debe ser preferido para conservarla ú obtenerla (Sent. 12 Octubre 1875.)

Como las anotaciones preventivas acordadas por providencia tienen tan sólo por objeto asegurar las consecuencias de un juício, no pueden calificarse de sentencias, y ménos sentencias definitivas, porque no declaran ningun derecho y son esencialmente revocables y transitorias (Sents. 9 Mayo 1873, 16 Mayo 1876, 8 Julio 1876, 2 Enero 1877, 15 Febrero 1877 y 21 Febrero 1877).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Proceden las anotaciones preventivas ordenadas por los jueces municipales en los juícios de su competencia (Res. Dir. Gen. 28 Julio 1871).

Los Tribunales superiores pueden expedir directamente los mandamientos de anotacion para todos los Registros de la propiedad comprendidos en el territorio de su jurisdiccion. La misma facultad reside en los jueces munici-

pales respecto á los comprendidos en el suyo (Res. Dir. Gen. 22 Agosto 1871).

Los embargos preventivos deben comprender, ademas del principal é intereses, el de las costas causadas y que se causaren, y que deberán anotarse en el Registro cuando los embargados sean bienes raíces.

Tanto la ley de Enjuiciamiento civil como la Hipotecaria hacen obligatorio el consignar en el Registro de la propiedad los embargos practicados en bienes raíces, con el fin de quedar aseguradas las responsabilidades contra tercero y que éste conozca tambien su cuantía.

El omitir en el mandamiento el importe aproximado de las costas causadas y que se causaren, constituye un defecto que impide la anotacion del documento miéntras no se subsane en debida forma, sin que la omision de los intereses vencedores tenga este carácter, porque el hacer la designacion de dicha suma depende de la voluntad del acreedor (Res. Dir. Gen. 17 Enero 1877).

Segun la doctrina del art. 20 de la ley Hipotecaria, formulada en el art. 42 del Reglamento, el hallarse inscrita la propiedad de las fincas embargadas á favor de una persona distinta de aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo, ės motivo suficiente para denegar la anotacion del mandamiento judicial en que consta haberse practicado y ordenado dicho embargo, cuyo precepto se funda en el principio general de nuestro moderno sistema hipotecário, de que los que legítimamente adquieren los inmuebles no son responsables de las obligaciones ó responsabilidades en que pueden incurrir los anteriores dueños, si éstas no resultan inscritas ó anotadas en el Registro al tiempo de la adquisicion (Res. Dir. Gen. 3 Abril 1877).

No es requisito esencial para verificar las anotaciones de secuestro el que aparezca inscrita la propiedad plena á nombre de los demandados, siempre que conste inscrita á nombre de sus causantes; en este caso ocurre la circunstancia de haberse cumplido tal requisito (Resolucion Dir. Gen. 17 Julio 1876).

No puede tener lugar la inscripcion de bienes cuando aparezca inscrita á nombre de persona distinta de la que trasfiera ó grave.

Esta doctrina fundamental es aplicable, no sólo á los gravámenes ó cargas de naturaleza real, constituídos voluntariamente por los interesados, sinó tambien á las limitaciones de las facultades propias del dominio, acordadas por la autoridad judicial contra la voluntad de los mismos dueños, como se declara respecto de los embargos en juicios civiles y criminales en el número primero del art. 42 del Reglamento. (Res. Dir. Gen. 31 Octubre 1878).

Segun la doctrina consignada en el núm. 8.° del art. 42 de la ley, procederá extender anotacion preventiva de aquellos títulos cuya inscripcion no pueda hacerse definitivamente por adolecer el título de alguna falta subsanable, ó por imposibilidad del registrador, siendo la duracion de dichas anotaciones la señalada en el art. 96 de dicha ley (Res. Dir. Gen. 4 Enero 1877).

Segun lo dispuesto en el art. 42 del Reglamento, de acuerdo con la doctrina fundamental de la ley, debe practicarse anotacion preventiva de *todo embargo* que se decrete en juicio civil ó criminal, sin distinguir la clase de juicio ni el período del mismo en que se haya acordado, porque cuando el Reglamento, al declarar el espíritu de la ley sobre este particular la palabra juicio en su sentido más amplio como sinónimo de procedimiento judicial, es evidente que comprende todos los embargos decretados con los juicios civiles y criminales, con los que se causan ántes de dictar sentencia, como los que se ordenan para cumplir y llevar á efecto la ejecutoria que hubiese recaido (Resolucion Dir. Gen. 6 Noviembre 1879).

Artículo 1924.—En el caso del número primero del artículo anterior, no podrá hacerse la anotacion preventiva sinó cuando se ordene por providencia judicial, dictada á instancia de parte legítima, y en virtud de documento bastante, al prudente arbitrio del juzgador.

En el caso del número segundo del mismo artículo, será obligatoria la anotacion, segun lo dispuesto en el 953 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso del número quinto de dicho artículo anterior, deberá hacerse tambien la anotacion en virtud de providencia judicial, que podrá dictarse de oficio, cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, á su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio.

ORÍGENES

Art. 43, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El art. 43 de la ley Hipotecaria otorga exclusivamente á los Jueces y Tribunales la facultad de conceder ó negar en juicio la anotacion preventiva de las demandas en que se reclama la propiedad de bienes inmuebles ó la constitucion, declaracion, modificacion ó extincion de algun derecho real, siendo ejecutorias las providencias que lo ordenen, conforme al art. 68 de la propia ley, que las declara apelables en un solo efecto.

Que concedida á los mismos esta facultad y la de apreciar los documentos presentados segun su *prudente arbitrio*, al solicitar dicha anotacion carecen de competencia los registradores para examinar los fundamentos de una providencia que ordene la anotacion de una demanda, segun repetidamente ha declarado este Centro.

Las facultades de los registradores en este punto, quedan limitadas á las formalidades extrínsecas que deben reunir estos documentos conforme á la ley y su Reglamento y á los antecedentes que resulten del Registro para saber si aparecen inscritos los bienes á favor de la persona contra quien se entabló la demanda (Res. Dir. Gen. 19 Enero 1877).

Artículo 1925.—El acreedor que obtenga anotacion á su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del art. 1923 (24 de la ley), será preferido, en cuanto á los bienes anotados solamente, á los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á dicha anotacion.

ORÍGENES

Art. 44, ley Hipotecaria.

Artículo 1926.—El legatario que no tenga derecho, segun las leyes, á promover el juicio de testamentaría, podrá pedir en cualquier tiempo anotacion preventiva sobre la misma cosa legada, si fuere determinada ó inmueble.

Si el legado no fuere de especie, podrá exigir el legatario la anotacion de su valor sobre cualesquiera bienes raíces de la herencia, bastantes para cubrirlo, dentro de los ciento ochenta días siguientes á la muerte del testador.

En uno y otro caso se hará la anotacion, presentando en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario.

ORÍGENES

Art. 45, ley Hipotecaria.

Artículo 1927.—El legatario de bienes inmuebles determinados, ó de créditos ó pensiones consignados sobre ellos, no podrá constituír su anotacion preventiva sinó sobre los mismos bienes.

ORÍGENES

Art. 46, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, claramente consignada en la exposicion de motivos que precede á la de 8 de Febrero de 1861, la adquisicion de un inmueble por título de legado no puede inscribirse definitivamente en el Registro, miéntras no conste la entrega ó tradicion que debe hacer el heredero con arreglo al derecho comun, concediendo, sin embargo, el artículo 46 de la ley al legatario que no ha obtenido esta entrega, el derecho de anotar preventivamente el título ó documento en que consta el legado.

Si bien la ley 2.ª, tít. X, Partida 6.ª, autoriza á los albaceas para entregar las mandas hechas en los testamentos *en la manera que en los mismos se ordenase*, el ejercicio y uso de dicha autorizacion exige el consentimiento del heredero, segun se deduce del texto de la citada ley.

El consentimiento de los herederos para el acto de la entrega ó tradicion de las cosas legadas es de todo punto inexcusable y esencial, no obstante que conste el de los albaceas, tratándose sobre todo de bienes inmuebles, no sólo conforme á la doctrina de la ley Hipotecaria, sinó en justa observancia de lo dispuesto en la ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª, la cual concede á los herederos exclusivamente, y no á sus albaceas, el importante derecho de negarse y oponerse, en los casos que la misma indica, al pago y entrega total ó parcial de los legados, de cuyo derecho quedarían privados los herederos respecto de los inmuebles, si se entregasen y se inscribiesen sin su noticia y consentimiento, aten-

didos los efectos que produce la inscripcion, sin que contra esta doctrina fundamental pueden prevalecer las reglas establecidas en la ley del Fuero Real sobre las facultades de los *cabezaleros* para entregar las mandas, porque todas estas reglas parten de las solemnidades con que debian promulgarse, segun dicho Código, los testamentos en que se hacen mandas ó legados, cuyas solemnidades han caído completamente en desuso, y por consiguiente las disposiciones del mismo Código que las presuponía (Resolucion Dir. Gen. 4 Febrero 1880).

Artículo 1928.—El legatario de género ó cantidad no podrá exigir su anotacion sobre bienes inmuebles, legados especialmente á otros.

ORÍGENES

Art. 47, ley Hipotecaria.

Artículo 1929.—Ningun legatario de género ó cantidad que tenga á su favor anotacion preventiva, podrá impedir que otro de la misma clase obtenga, dentro del plazo legal, otra anotacion á su favor sobre los mismos bienes ya anotados.

ORÍGENES

Art. 48, ley Hipotecaria.

Artículo 1930.—Si el heredero quisiere inscribir á su favor, dentro del expresado plazo de los ciento ochenta días, los bienes hereditarios, y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal de que renuncien previamente y en escritura pública todos los legatarios á su derecho de anotacion, ó que, en defecto de renuncia expresa, se notifique á los mismos legatarios, con treinta días de anticipacion, la solicitud del heredero, á fin de que durante dicho término puedan hacer uso de aquel derecho.

Esta notificacion se hará con arreglo á lo dispuesto en los artículos 228, 229, 230 y 231 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el Juez ó Tribunal mandará hacer la anotacion preventiva de su legado, bien á instancia del mismo heredero ó de otro interesado, bien de oficio.

El heredero que solicitare la inscripcion á su favor de los bienes hereditarios, dentro de los referidos ciento ochenta días, podrá anotar preventivamente desde luégo dicha solicitud.

Esta anotacion no se convertirá en inscripcion definitiva hasta que los legatarios hayan renunciado, expresa ó tácitamente, á la anotacion de sus legados, y quedará cancelada respecto á bienes que los mismos legatarios anoten preventivamente, en uso de su derecho.

ORÍGENES

Art. 49, ley Hipotecaria.

Artículo 1931.—El legatario que obtuviere anotacion preventiva, será preferido á los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario, y á cualquiera otro que, con posterioridad á dicha anotacion, adquiera algun derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes.

ORÍGENES

Art. 50, ley Hipotecaria.

Artículo 1932.—La anotacion preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, á los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta días señalados en el art. 1926 (45 de la ley), sobre los que no hicieren del suyo en el mismo término.

Los que dentro de éste la hayan realizado, no tendrán preferencia entre sí; pero sin perjuício de la que corresponda al legatario de especie respecto á los demas legatarios, con arreglo á la legislacion comun, tanto en este caso como en el de no haber pedido su anotacion.

ORÍGENES

Art. 51, ley Hipotecaria.

Artículo 1933.—El legatario que no fuese de especie y dejare trascurrir el plazo señalado en el art. 1926 (45 de la ley), sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir despues la anotacion preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que ántes haya adquirido ó inscrito algun derecho sobre los bienes hereditarios.

ORÍGENES

Art. 52, ley Hipotecaria.

Artículo 1934.—El legatario que trascurridos los ciento ochenta días pidiese anotacion sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero, no obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demas legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado á cualquiera acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algun derecho sobre los bienes anotados.

ORÍGENES

Art. 53, ley Hipotecaria.

Artículo 1935.—La anotacion pedida fuera del término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él á favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sinó en cuanto alcanzare el importe de los bienes, despues de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotacion.

ORÍGENES

Art. 54, ley Hipotecaria.

Artículo 1936.—La anotacion preventiva de los legados y de los créditos refaccionarios no se decretará judicialmente sin audiencia previa y sumaria de los que puedan tener interes en contradecirla.

ORÍGENES

Art. 55, ley Hipotecaria.

Artículo 1937.—La anotacion preventiva de los legados podrá hacerse por convenio entre las partes, ó por mandato judicial.

ORÍGENES

Art. 56, ley Hipotecaria.

Artículo 1938.—Cuando hubiere de hacerse la anotacion por mandato judicial, acudirá el legatario al Juez ó Tribunal competente para conocer de la testamentaría, exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde, y señalando los bienes que pretenda anotar. El Juez ó Tribunal, oyendo al heredero y al mismo legatario en juício verbal, segun los trámites establecidos en el título XXIV, parte primera de la Ley de Enjuiciamiento civil, dictará providencia, bien denegando la pretension, ó bien accediendo á ella.

En este último caso, señalará los bienes que hayan de ser anotados, y mandará librar el correspondiente despacho al registrador, con insercion literal de lo prevenido, para que lo ejecute.

Esta providencia será apelable para ante la Audiencia del distrito.

ORÍGENES

Art. 57, ley Hipotecaria.

Artículo 1939.—Si pedida judicialmente la anotacion por un legatario, acudiere otro ejercitando igual derecho respecto á los mismos bienes, será tambien oído en el juício.

ORÍGENES

Art. 58, ley Hipotecaria.

Artículo 1940.—El acreedor refaccionario podrá exigir anotacion sobre la finca refaccionada, por las cantidades que de una vez ó sucesivamente anticipare, presentando el contrato por escrito que en cualquiera forma legal haya celebrado con el deudor.

Esta anotacion surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca.

ORÍGENES

Art. 59, ley Hipotecaria.

Artículo 1941.—No será necesario que los títulos en cuya virtud se pida la anotacion preventiva de créditos refaccionarios determinen fijamente la cantidad de dinero ó efectos en que consistan los mismos créditos, y bastará que contengan los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas.

ORÍGENES

Art. 60, ley Hipotecaria.

Artículo 1942.—Si la finca que haya de ser objeto de la refaccion estuviere afecta á obligaciones reales inscritas, no se hará la anotacion, sinó bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas á cuyo favor estuvieren constituídas dichas obligaciones, sobre el objeto de la refaccion misma y el valor de la finca ántes de empezar las obras, ó bien en virtud de providencia judicial, dictada en expediente instruído para hacer constar dicho valor, y con citacion de todas las indicadas personas.

ORÍGENES

Art. 61, ley Hipotecaria.

Artículo 1943.—Si alguno de los que tuvieren á su favor las obligaciones reales expresadas en el artículo anterior no fuere persona cierta, estuviere ausente, ignorándose su paradero, ó negare su consentimiento, no podrá hacerse la anotacion sinó por providencia judicial.

ORÍGENES

Art. 62, ley Hipotecaria.

Artículo 1944. El valor que en cualquier forma se diere á la finca que ha de ser refaccionada ántes de empezar las obras, se hará constar en la anotacion del crédito.

ORÍGENES

Art. 63, ley Hipotecaria.

Artículo 1945.—Las personas á cuyo favor estuvieren constituídos derechos reales sobre la finca refaccionada, cuyo valor se haga constar en la forma prescrita en lós artículos precedentes, conservarán su derecho de preferencia respecto al acreedor refaccionario, pero solamente por un valor igual al que se hubiere declarado á la misma finca.

El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto á lo que exceda el valor de la finca al de las obligaciones anteriores mencionadas, y en todo caso respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca ántes de las obras y el que alcanzare en su enajenacion judicial.

ORÍGENES

Art. 64, ley Hipotecaria.

Artículo 1946.—Serán faltas subsanables las que afecten á la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligacion en él constituída.

Si el título contuviere alguna de estas faltas, el registrador suspenderá la inscripcion y extenderá anotacion preventiva, si la solicita el que presentó el título.

Serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligacion.

En el caso de contener el título alguna falta de esta clase, se denegará la inscripcion, sin poder verificarse la anotacion preventiva.

ORÍGENES

Art. 65, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los defectos subsanables deben expresarse al pié de los documentos que se anoten preventivamente (Res. Dir. Gen. 20 Julio 1863).

Los registradores no deben suspender la inscripcion de ningun título por el hecho de omi-

tirse los cargos que graviten sobre la finca de que se trate; ántes al contrario, están en la obligacion de inscribir los documentos que se les presenten, siempre que no adolezcan de otros defectos, haciendo expresa mencion de las cargas que aparezcan del Registro (Res. Dir. General 5 Enero 1872).

Artículo 1947.—Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificacion del título hecha por el registrador, sin perjuicio de acudir, si quieren, á los Tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez ó nulidad de los documentos, ó de la obligacion. En el caso de que se suspendiere la inscripcion por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotacion preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los treinta días que duran los efectos del asiento de presentacion. Si se extiende la anotacion preventiva, podrá verificarse en el tiempo que ésta subsiste, segun el art. 1977 (96 de la ley).

Cuando se hubiere denegado la inscripcion, y el interesado, dentro de los treinta días siguientes al de la fecha del asiento de presentacion, propusiera demanda ante los Tribunales de justicia para que se declare la validez del título ó de la obligacion, podrá pedir anotacion preventiva de la demanda, y la que se verifique se retrotraerá á la fecha del asiento de presentacion.

Despues de dicho término no surtirá efecto la anotacion preventiva de la demanda, sinó desde su fecha.

En el caso de recurrirse gubernativamente contra la calificacion del título, todos los términos expresados en los dos anteriores párrafos quedarán suspensos desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolucion definitiva.

ORÍGENES

Art. 66, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los artículos 66 de la ley Hipotecaria y 57 de su Reglamento conceden la facultad de recurrir gubernativa ó judicialmente contra la calificacion de títulos hecha por el registrador á los interesados y sus legítimos representantes (Resolucion Dir. Gen. 21 Enero 1875).

El art. 66 de la ley Hipotecaria, al conceder á los interesados en una inscripcion el derecho de reclamar gubernativamente contra la calificacion de los títulos hecha por los registradores, ó el de acudir, sin perjuicio de aquella reclamacion, á los Tribunales para ventilar y contender entre sí sobre la nulidad ó validez de los los documentos ó de la obligacion, no fijó ni señaló plazo ó término alguno para interponer tales reclamaciones, por cuya razon es evidente que pueden formularse, no sólo durante los treinta días siguientes al asiento de presentacion sinó despues de trascurridos, mayormente cuando ni en la Ley ni en el Reglamento existe disposicion alguna que declare inadmisibles las reclamaciones hechas fuera de cierto tiempo; porque si bien en el referido art. 66 y en los 186 y 189 del Reglamento se dictan varias reglas ó prescripciones para el caso de entablarse reclamaciones contra la calificacion de títulos verificada por los registradores, dentro de los treinta días siguientes al del asiento de su presentacion, ó dentro del plazo señalado para la duracion de las anotaciones preventivas, no puede deducirse de aquí que la ley haya querido prohibir la interposicion de dichos recursos fuera de los indicados plazos, porque su objeto al prever este caso, se ha limitado á otorgar á los interesados el beneficio de tener garantido su derecho durante la tramitacion gubernativa ó judicial, en lo cual no hace otra cosa que atribuír diferentes efectos á las reclamaciones indicadas segun que se entablen dentro ó fuera de los susodichos términos ó plazos. La admision de un recurso gubernativo, trascurridos los términos señalados para la duracion del asiento de presentacion ó de la anotacion preventiva, no puede causar perturbacion ni trastorno en el modo de llevar los libros del Registro, porque la resolucion definitiva que recaiga se limita á declarar que el documento de que se trata adolece ó está exento del defecto que le atribuye el registradar y, en su consecuencia, que es ó no inscribible; cuya declaracion siendo afirmativa, sólo será obligatoria para dicho funcionario cuando el interesado presente nuevamente el título á que la misma se refiere, siempre que no hayan surgido otros hechos posteriores al primer asiento de presentacion, que dificulten ó impidan la inscripcion en el Registro (Resolucion Dir. Gen. 12 Noviembre 1874).

Que cualquiera es que sean los fundamentos en que se apoyen los registradores al negar ó suspender la inscripcion, anotacion ó cancelacion de un documento y sostener sus actos en la vía gubernativa, no puede imponérseles el pago de los gastos ocasionados en los expedientes instruídos para obtener la revocacion de aquéllos, segun la doctrina del Real decreto de 23 de Octubre de 1875, sin perjuicio de la responsabilidad civil (Res. Dir. Gen. 17 Julio 1876).

Con arreglo á la doctrina de la ley Hipotecaria, los registradores deben, por regla general, devolver á los interesados los títulos que no deban inscribirse, una vez trascurrido los treinta días siguientes al asiento de presentacion sin haber subsanado los defectos de que adolecen dichos títulos, en caso de que no sean subsanables.

No resultando en el expediente la fecha en que se presentó en el juzgado el escrito promoviendo este recurso, no se puede resolver ni procedía que el juez mandase extender la nota que previene el art. 187 citado, de acuerdo con el 66 de la ley, al márgen del asiento de presentacion para el caso en que se hubiese promovido este recurso ántes de trascurrir el término señalado en el art. 17 de la ley Hipotecaria (Resolucion Dir. Gen. 26 Abril 1878).

Si bien el art. 66 de la ley Hipotecaria ordena que el término de los treinta dias queda en suspenso cuando se recurre gubernativamente contra la calificacion del registrador, tal prescripcion supone que el recurso se ha entablado dentro de dicho término, pues de otra suerte sería ilusorio el precepto del art. 17, sobre todo si se tiene en cuenta que el recurso gubernativo puede interponerse en cualquier tiempo.

Esta Direccion general ha resuelto que, si promovido un recurso fuera de los términos señalados para la duracion del asiento de presentacion ó de la anotacion preventiva, se declara que el documento es inscribible, tal declaracion sólo será obligatoria para el registrador, si el interesado presenta nuevamente el título en la oficina, de lo cual se infiere lógicamente que el primitivo asiento de presentacion quedó sin ningun valor ni efecto (Res. Dir. Gen. 29 Setiembre 1879).

Artículo 1948.—En el caso de hacerse la anotacion por no poderse ejecutar la inscripcion por falta de algun requisito subsanable, podrá exigir el interesado que el registrador le dé copia de dicha anotacion, autorizada con su firma, y en la cual conste si hay ó no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles sean éstos en su caso.

ORÍGENES

Art. 67, ley Hipotecaria.

Artículo 1949.—Las providencias decretando ó denegando la anotacion preventiva en los casos primero, quinto y sexto del art. 1923 (42 de la ley), serán apelables en un solo efecto.

En el caso sétimo del mismo artículo, será apelable en ambos la providencia, cuando se haya opuesto á la anotacion el que tuviere á su favor algun derecho real anterior sobre el inmueble anotado.

ORÍGENES

Art. 68, ley Hipotecaria.

Artículo 1950.—El que pudiendo pedir la anotacion preventiva en un derecho, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá despues inscribirlo á su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de trasmitirlo.

ORÍGENES

Art. 62, ley Hipotecaria.

Artículo 1951.—Cuando la anotacion preventiva de un derecho se convierta en inscripcion definitiva del mismo, surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotacion.

ORÍGENES

Art. 70, ley Hipotecaria.

Artículo 1952.—Los bienes inmuebles ó derechos reales anotados podrán ser enaje-

nados ó gravados, pero sin perjuício del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotacion.

ORÍGENES

Art. 71, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El art. 71 de la ley Hipotecaria, al declarar que la anotacion de los bienes inmuebles ó derechos reales no impide que se enajenen ó graven sin perjuício del que la obtuvo, se dirige á marcar la extension y efectos hipotecarios de las anotaciones preventivas en general, que es su único objeto; pero sin darles ni áun á las inscripciones definitivas, segun se expresa en su art. 33, eficacia para consolidar los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes (Sentencia 28 Mayo 1874).

Si bien el art. 71 de la ley Hipotecaria concede validez á los traspasos de fincas anotadas, ha de ser sin perjuício del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotacion (Sents. 30 Enero 1869 y 30 Diciembre 1876).

La disposicion del art. 71 de la ley Hipotecaria se refiere á las enajenaciones ó gravámenes de bienes inmuebles que se hagan despues de haber sido anotados preventivamente á favor de otra persona (Sent. 17 Junio 1875).

Artículo 1953.—Las anotaciones preventivas comprenderán las circunstancias que exigen para las inscripciones los artículos 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 (9, 10, 11, 12 y 13 de la ley), en cuanto resulten de los títulos ó documentos presentados para exigir las mismas anotaciones.

Los que deban su orígen á providencia de embargo ó secuestro, expresarán la causa que haya dado lugar á ellos, y el importe de la obligacion que los hubiere originado.

ORÍGENES

Art. 72, ley Hipotecaria.

Artículo 1954.—Todo mandamiento judicial, disponiendo hacer una anotacion preventiva, expresará las circunstancias que deba ésta contener, segun lo prevenido en el artículo anterior, si resultasen de los títulos y documentos que se hayan tenido á la vista para dictar la providencia de anotacion.

Cuando la anotacion deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el registrador anotará todos los que se hallen inscritos á su favor.

Tambien podrán anotarse en este caso los bienes no inscritos, siempre que el Juez ó el Tribunal lo ordene y se haga previamente su inscripcion á favor de la persona gravada por dicha anotacion.

ORÍGENES

Art. 73, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Conforme á la doctrina de los artículos 72 y 73 de la ley Hipotecaria, y 64, núm. 6.º, del Reglamento, los mandamientos judiciales disponiendo una anotacion de embargo, deben expresar el importe de la obligacion que haya de asegurar sobre los inmuebles embargados en perjuício de tercero; y siendo el importe de las costas una de las obligaciones que hayan de garantir, es indispensable fijar en los mismos el importe probable ó aproximado de dicha obligacion. El omitir en el mandamiento el importe aproximado de las costas causadas y que se causaren, constituye un defecto que impide la anotacion del documento miéntras no se subsane en debida forma, sin que la omision de los intereses vencedores tenga este carácter, porque el hacer la designacion de dicha suma depende de la voluntad del acreedor (Res. Dir. Gen. 17 Enero 1877).

Artículo 1955.—Si los títulos ó documentos en cuya virtud se pida judicial ó extrajudicialmente la anotacion preventiva, no contuvieren las circunstancias que ésta necesite para su validez, se consignarán dichas circunstancias por los interesados en el escrito en que de comun acuerdo soliciten la anotacion. No habiendo avenencia, el que solicite la anotacion consignará en el escrito en que la pida dichas circunstancias, y prévia audiencia del otro interesado sobre su exactitud, el Juez ó el Tribunal decidirá lo que proceda.

ORÍGENES

Art. 74, ley Hipotecaria.

Artículo 1956.—Las anotaciones preventivas se harán en el mismo libro en que correspondería hacer la inscripcion si el derecho anotado se convirtiere en derecho inscrito.

ORÍGENES

Art. 75, ley Hipotecaria.

Artículo 1957.—La anotacion preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca ó derecho anotado, de la persona á quien afecte la anotacion, ó de la fecha de ésta.

ORÍGENES

Art. 76, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO IV

DE LA EXTINCION, DE LA INSCRIPCION Y ANOTACION PREVENTIVAS (1)

Artículo 1958.—Las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero sinó por su cancelacion ó por la inscripcion de la trasferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona.

ORÍGENES

Art. 77, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La falta de inscripcion ó de anotacion previa de un título traslativo sólo lo vicia en cuanto perjudica intereses de tercero (Sent. 1.º Junio 1868).

El auto en que se mande alzar embargos y cancelar anotaciones preventivas, ni es definitivo, ni pone término al pleito, ni hace imposible su continuacion (Sent. 21 Febrero 1877).

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

DE LA EXTINCION DE LAS INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS.—Las disposiciones adoptadas respecto á la extincion de inscripciones y anotaciones preventivas no presentan tanta dificultad como las que se comprenden en otros títulos del Proyecto, porque no introducen cambios tan profundos en nuestro derecho civil. Su simple lectura basta para que se conozcan las razones que ha ha tenido la Comision para formularlas, tanto en lo que toca á la cancelacion total como á la parcial. El principio dominante en toda esta materia es que las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero, sinó por su cancelacion ó por la inscripcion de trasferencia del dominio ó del derecho real inscrito: que las anotaciones preventivas, no sólo se cancelan por la extincion del derecho anotado, sinó tambien cuando se conviene en escritura ó se dispone por providencia judicial convertirlas en inscripciones definitivas, y por último, que la cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto á las partes, los derechos inscritos á que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto á terceros que despues hayan adquirido ó inscrito algun derecho Estas reglas sólo son una consecuencia de los principios adoptados por la Comision, y que dominan en todo el Proyecto. Las medidas que se establecen para evitar fraudes; las causas de nulidad ó de anulacion de las cancelaciones; las atribuciones de los registradores para calificar la legalidad de las formas externas; la capacidad de los otorgantes y la competencia de los jueces para ordenar que se cancele la inscripcion ó anotacion en virtud de despacho firmado por otro juez; las autoridades judiciales á que corresponde el conocimiento de las diversas materias en este título comprendidas, cuándo es necesaria su intervencion, y las formas de proceder en las diferencias que se susciten, son puntos de que la Comision no podía desentenderse y en que ha procurado conciliar la sencillez con la claridad, huyendo del escollo, no siempre evitable con facilidad, de que el Proyecto incurra en el vicio de casuístico.

Pero la extincion de ciertas anotaciones exige que consagre la Comision algunas líneas para explicar su pensamiento. Esto sucede en las que se refieren á los legatarios y á los refaccionarios.

Respecto á los legatarios. Ya queda ántes dicho que la anotacion preventiva para garantir el legado que no es de especie, caduca al año de su fecha, y que si al vencimiento no es aún exigible el legado, se considera subsistente la anotacion hasta dos me-

Es doctrina fundamental de la ley Hipotecaria, consignada en la exposicion de motivos que precede á la de 8 de Febrero de 1861, y claramente formulada en el art. 307 del Reglamento dictado para su ejecucion, que los asientos é inscripciones contenidos en los Registros anteriores á 1.º de Enero de 1863 surten, en cuanto á los derechos que de ellos consten, todos los efectos de las inscripciones posteriores á la citada fecha, aunque dichos asientos carezcan de alguno de los requisitos que para su validez exige la ley Hipotecaria, y no se lleguen á trasladar á los libros ó Registros modernos.

Otro de los efectos que producen los derechos inscritos, con arreglo al art. 77 de la referida ley, y de que deben participar los verificados con anterioridad á su promulgacion en los antiguos libros, consiste en que no se extingue respecto de tercero, sinó por su cancelacion ó por la trasferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona (Resolucion Dir. Gen. 26 Julio 1876.)

Segun la doctrina de la ley Hipotecaria, consignada en el art. 307 de su Reglamento, las inscripciones contenidas en el Registro antiguo surten, en cuanto á los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las verificadas en los libros del moderno Registro de la propiedad, áun cuando carezcan aquéllas de alguno de los requisitos que bajo pena de nulidad exigen los artículos 90 y 13 de la ley, y no se lleguen á trasladar á los Registros modernos.

Uno de los efectos que producen las inscripciones practicadas en los libros del Registro de la propiedad, y especialmente las de hipoteca, consiste en que no se extingue total ni parcialmente, en cuanto á tercero, sinó por su cancelacion ó por la inscripcion de la trasferencia del dominio ó del derecho real inscrito á favor de otra persona; y no resultando de ella el consentimiento del acreedor para que parcial ó totalmente se cancele la hipoteca, subsiste ésta íntegra y en toda su fuerza respecto de tercero, y en dicho concepto es inscribible la trasmision del referido derecho real á favor del causa-habiente que la solicita (Res. Dir. Gen. 25 Febrero 1878).

El obstáculo que nace de hallarse inscrito el dominio de la finca enajenada á favor de persona distinta del Estado, que es quien enajena en virtud de la expresada escritura, no puede desaparecer mediante certificacion de la Adminis-

---

ses despues del día en que debe exigirse. Pero como sucede á veces que ántes de extinguirse la anotacion se haga ineficaz, porque aparezca, ó bien que la cosa anotada no era hereditaria, ó bien que estaba gravada con otras cargas que ántes se ignoraban, ó por cualquier otro motivo, pero dando siempre por resultado que deje de ser una verdadera garantía, de aquí que para no eludir el derecho de hipoteca que nuestras leyes actuales conceden al legatario, se le dé facultad para exigir que constituya la anotacion sobre otros bienes de la herencia que puedan admitir el gravámen á que se los sujeta.

Mas la garantía de la anotacion preventiva, que por regla general basta á los legatarios, no sería suficiente en aquellos casos en que la obligacion de la persona gravada no se puede extinguir entregando la cosa ó la especie legada, sinó que es de tracto sucesivo, y que, por lo tanto, necesita una seguridad más permanente que la transitoria que da la anotacion preventiva. A esta clase de legados pertenecen los que consisten en pensiones ó rentas periódicas, impuestas por el testador á cargo de alguno de los herederos ó legatarios. Si el testador declara su voluntad de que esta obligacion sea personal, no habrá sin duda derecho en el agraciado para exigir ninguna otra garantía. Pero si nada dijo el testador, justo es que la anotacion que pudo obtener el legatario dentro del plazo de los ciento ochenta días, se convierta en el derecho de obtener una hipoteca, bien sobre los mismos bienes anotados, ó bien sobre otros adjudicados al que haya de pagar la pension, y que esto tenga lugar, tanto respecto al que obtuvo anotacion preventiva, como al que teniendo derecho á obtenerla fué ménos exigente con el heredero ó con el legatario, si bien en este último caso sólo debe surtir efecto la anotacion desde su fecha.

¿Y á quién debe corresponder la eleccion de las fincas que han de darse en garantía? Sólo al gravado con la renta ó la pension: el derecho del pensionista no debe extenderse más que á obtener seguridad de que no haciéndose el pago á los respectivos vencimientos, haya de existir una finca bastante para que pueda hacerse eficaz la obligacion á su favor constituída; sólo tendrá derecho para pedir que se complete la hipoteca en el caso de que los primeros bienes gravados con ella fueren insuficientes para garantir su legado.

Respecto al refaccionario. La anotacion preventiva que obtiene el refaccionario para que sucesivamente consten en el Registro sus anticipaciones, no tiene tampoco carácter permanente, sinó sólo provisional, hasta que llega el caso de poder totalizar su crédito y formalizar la hipoteca que le corresponde sobre los bienes refaccionarios. En esto se funda el Proyecto para establecer que la anotacion caducará á los sesenta días de concluída la obra que haya sido objeto de la refaccion, pero dejando al acreedor el derecho de convertir la anotacion en inscripcion, sí no está entónces aún pagado el crédito por completo. No podia la Comision omitir aquí la clase de juicio que debe seguirse para dirimir las contiendas suscitadas entre acreedores y deudores sobre la liquidacion del crédito refaccionario y sobre la constitucion de la hipoteca; y es claro que tratándose de la declaracion de derechos, la forma elegida sólo podia ser la del juicio ordinario.

tracion económica, porque prescindiendo de que, segun se deduce del art. 14 del Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, la inscripcion de dicho documento requiere que el inmueble no se halla todavía inscrito á nombre de persona alguna, y debiendo quedar anotado en virtud del certificado del jefe económico, no se puede inscribir conforme al art. 402 de la ley Hipotecaria.

Sin prejuzgar la validez ó nulidad de la venta, es improcedente la inscripcion de la referida escritura, miéntras que por los medios que establece la ley Hipotecaria no obtengan los interesados en aquélla la cancelacion del asiento que consta en el Registro, ó la expresa y solemne declaracion de que el dominio de la finca se ha trasferido al Estado; extinguiéndose así, con arreglo al art. 77 de la ley, la inscripcion anterior (Res. Dir. Gen. 25 Abril 1878.)

Es principio general en materia de inscripcion, contenido en el art. 77 de la ley Hipotecaria, que las inscripciones se extinguen en cuanto á tercero por su cancelacion ó por la inscripcion de la trasferencia del dominio ó derecho real á favor de otra persona.

Siendo tambien principio general en materia de inscripcion, contenido en los artículos 77 y 122, que subsisten íntegras las hipotecas miéntras no se cancelan, es evidente que no estando cancelada una reconocida como tal por falta de presentacion de los documentos que exige el art. 82, y por no haber extendido *inscripcion formal* de la cancelacion de la subhipoteca, subsiste para tercero, sin que á ello se oponga el núm. 8.° del art. 107 de la ley, que debe entenderse y aplicarse en armonía con los artículos 79, 80, 81 y 82 de dicha ley, segun la cual son dos conceptos distintos la extincion de un derecho inscrito, y el acto formal de su cancelacion en los libros del Registro (Res. Dir. Gen. 19 Julio 1879.)

Artículo 1959.—La cancelacion de las inscripciones y anotaciones preventivas podrá ser total ó parcial.

ORÍGENES

Art. 78, ley Hipotecaria.

Artículo 1960.—Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la cancelacion total:

Primero. Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripcion.

Segundo. Cuando se extinga tambien por completo el derecho inscrito.

Tercero. Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripcion.

Cuarto. Cuando se declare la nulidad de la inscripcion por falta de alguno de sus requisitos esenciales, conforme á lo dispuesto en el art. 1911 (30 de la ley).

ORÍGENES

Art. 79, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Conforme á lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la ley Hipotecaria, puede pedirse ó debe ordenarse la cancelacion total ó parcial de las anotaciones preventivas, y áun de las inscripciones, entre otros casos, cuando se extinga ó reduzca el derecho anotado ó inscrito, ó cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la anotacion ó inscripcion (Sentencia 9 Mayo 1873).

La ley Hipotecaria establece claramente en materia de cancelacion de inscripciones la distincion fundamental entre las causas legales que producen dicha cancelacion y las formalidades y requisitos necesarios para que la misma pueda verificarse, consignándose aquellas causas en los artículos 79 y 80, y señalando estas formalidades los artículos 82, 83 y 84.

Segun doctrina del Tribunal Supremo, declarada en sentencia de 6 de Diciembre de 1876, es causa legal de la cancelacion de las segundas inscripciones de hipotecas, no expresada literalmente en la ley, el haberse vendido judicialmente la finca gravada, siendo insuficiente el precio obtenido en la enajenacion judicial para satisfacer á los segundos acreedores, sin que esta doctrina deba entenderse en el sentido de que la cancelacion en este caso pueda efectuarse prescindiendo de las formalidades y requisitos señalados en la misma ley para ello en los artículos 82 y 83, que el mismo Tribunal ha declarado vigentes en todas sus partes en sentencias de 2 de Julio de 1875 y 26 de Noviembre de 1876.

En los casos en que proceda la cancelacion de las inscripciones hipotecarias por efecto de la venta judicial de la finca gravada, sin haber sido bastante á cubrir dichos gravámenes, no

deben practicarse los asientos de cancelacion de aquellas inscripciones, miéntras no se cumplan los requisitos y formalidades establecidas en los artículos 82 y 83 de la ley.

Cuando se hubieren opuesto á la cancelacion de las inscripciones de hipotecas los interesados á quienes la misma perjudica, aquéllos á quienes aprovecha podrán citarles y demandarles en juicio ordinario con arreglo á las claras, explícitas y terminantes palabras del art. 83 de la ley, y una vez obtenida de los Tribunales sentencia firme ordenando la cancelacion, presentarla en el Registro en cumplimiento de lo que dispone al art. 82 de la citada ley Hipotecaria.

Cuando á un registrador le sea comunicado en forma legal el auto confirmado por la Audiencia que declara extinguidas las hipotecas constituídas sobre fincas subastadas, hará la calificacion con arreglo á las facultades que le concede el art. 100 de la ley Hipotecaria y el art. 1.° del Real decreto de 3 de Enero de 1876, si el auto reune los requisitos esenciales, segun aquélla, para practicar la cancelacion de las inscripciones hechas en virtud de escritura judicial, que son haberse dictado en *juício ordinario*, seguido con las personas á quienes perjudique la cancelacion y tener el carácter de *firme y ejecutoria* (Res. Dir. Gen. 22 Octubre 1879).

Artículo 1961.—Podrá pedirse y deberá decretarse, en su caso, la cancelacion parcial:

Primero. Cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripcion ó anotacion preventiva.

Segundo. Cuando se reduzca el derecho inscrito á favor del dueño de la finca gravada.

ORÍGENES

Art. 80, ley Hipotecaria.

Artículo 1962.—La ampliacion de cualquier derecho inscrito será objeto de una nueva inscripcion, en la cual se hará referencia de la del derecho ampliado.

ORÍGENES

Art. 81, ley Hipotecaria.

Artículo 1963.—Las inscripciones ó anotaciones preventivas, hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sinó por providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion, ó por otra escritura ó documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelacion, la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripcion ó anotacion, ó sus causa-habientes ó representantes legítimos (1).

Las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales, no se cancelarán sinó por providencia ejecutoria que tenga las circunstancias prevenidas en el párrafo anterior. Las inscripciones de hipotecas, constituídas con el objeto de garantizar títulos trasmisibles por endoso, se cancelarán, presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual debe constar háberse inutilizado en el acto de su otorgamiento los títulos endosables, ó solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, á la cual se acompañen taladrados los referidos títulos. Si algunos de ellos se hubiesen extraviado, se presentará, con la escritura ó con la solicitud, testimonio de la declaracion judicial de no tener efecto. El registrador deberá asegurarse de la identidad de las firmas y de las personas que hubieren hecho la solicitud.

Las inscripciones de las hipotecas constituídas con el objeto de garantizar títulos al portador, no podrán cancelarse sinó presentándose testimonio de la declaracion judicial de quedar extinguidas todas las obligaciones aseguradas.

En el caso del párrafo anterior, para decretarse la declaracion judicial, deberán preceder cuatro llamamientos por edictos públicos y en los periódicos oficiales, y tiempo cada uno de ellos de seis meses á los que tuvieren derecho á oponerse á la cancelacion.

(1) Este párrafo ha sido corregido por la Real órden de 20 de Mayo de 1880.

ORÍGENES

Art. 82, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Son inscribibles las cancelaciones hechas por los gobernadores de las fianzas de los jóvenes que reciben Ordenes sagradas ó marchan al extranjero ántes de los veinticinco años, siempre que en dichos documentos se haga constar el nombre de la autoridad que cancela, el de la persona á cuya instancia ó con cuyo consentimiento se hace la cancelacion: que no existe recurso pendiente contra tal providencia, la fecha de ésta, y que se autorice con el sello del Gobierno de provincia ó dependencia á quien corresponda, á fin de que el documento se halle revestido de la autenticidad necesaria (Res. Direccion Gen. 27 Junio 1863).

La Instruccion de 12 de Junio de 1861 sobre la manera de otorgar los instrumentos públicos, vigente en cuanto no se oponga á leyes, reglamentos ú órdenes generales posteriores, impone al notario, en su art. 8.°, la obligacion de hacer en toda escritura pública sujeta á Registro la descripcion de la finca á que afecte el derecho que haya de inscribirse, y exige en el 26 que las escrituras en cuya virtud deba cancelarse alguna inscripcion, expresen claramente el derecho total ó parcialmente extinguido, por cuanto no es posible conocer claramente el derecho extinguido sin determinar el inmueble sobre que recae, y por consiguiente sin la descripcion de la finca. Lo dispuesto en dicha Instruccion y en el Reglamento para ejecutar la ley Hipotecaria de 1861 acerca de los documentos necesarios para obtener la cancelacion de las inscripciones hipotecarias, no ha sufrido otra modificacion que la introducida por el párrafo 2.° del art. 72 del Reglamento general dictado para la ejecucion de la ley reformada, respecto de las actas notariales justificativas de la solucion ó pago del crédito hipotecario, por cuya razon sólo en cuanto á esta clase de documentos podrán entenderse modificados los referidos artículos de la Instruccion, quedando subsistentes para los demas documentos y escrituras públicas de cancelacion. No sólo no están derogados dichos artículos de la Instruccion acerca de la necesidad de no omitir la descripcion de la finca en las segundas y posteriores inscripciones relativas á ella, sinó que se confirman por el art. 28 del Reglamento, al declarar que podrá omitirse dicha inscripcion, «siempre que de los títulos presentados resultasen designados de igual manera el nombre, la situacion, la medida superficial, los linderos ú otra circunstancia importante,» porque este precepto supone necesariamente la descripcion de la finca en todos los títulos que en lo sucesivo se otorguen, á fin de que el registrador pueda comprobarla con la que aparece en el Registro, y prescindir ó no de hacerla nuevamente, segun el resultado de dicha comprobacion (Res. Dir. Gen. 23 Junio 1874).

Para que pueda verificarse la inscripcion de las escrituras en que se transigen ciertas cuestiones y se practica la particion de algunos bienes, es innecesaria la cancelacion previa del asiento extendido á favor de un tercero, á quien se constituyó un patrimonio por vía de cóngrua, y como pension alimenticia para que se ordenara, puesto que es un derecho real que puede subsistir aunque se trasfiera la propiedad de los inmuebles sobre que se halla impuesto; y á mayor abundamiento, no consta tampoco del Registro que se haya constituído el patrimonio eclesiástico canónicamente como título de ordenacion, cuya circunstancia es una condicion necesaria para la validez y subsistencia de aquel derecho real. (Res. Dir. Gen. 18 Marzo 1875).

Las inscripciones y anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, sólo pueden cancelarse, con arreglo á lo dispuesto en el art. 82 de la ley Hipotecaria, por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion, ó por otra escritura ó documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripcion ó anotacion, ó sus causa-habientes ó representantes legítimos.

Las inscripciones de hipotecas pueden ademas cancelarse conforme á lo prevenido en el art. 72 del Reglamento general para la ejecucion de la ley Hipotecaria, presentando en el Registro las mismas escrituras de constitucion de la hipoteca inscrita con testimonio del acta notarial de pago ó reduccion puesta á continuacion de la nota de inscripcion.

Segun el art. 101 del Reglamento general para la ejecucion de la ley del Notariado de 30 de Diciembre de 1862 y decreto de 17 de Abril de 1873, vigente al tiempo de extender el mencionado documento, los notarios están facultados para autorizar traslados y copias de documentos no protocolizados y testimonios para su exhibicion, certificar de existencia y para apli-

car su ministerio oficial á los hechos y circunstancias que presencien y les consten, con arreglo á las leyes y prácticas vigentes, levantando las oportunas actas.

Si bien se hallan comprendidas en la disposicion anterior las entregas de cantidad que el deudor, ú otro en su nombre, haga al acreedor en pago de su crédito, las cuales pueden autorizar los notarios levantando la correspondiente acta, porque dichas entregas son hechos que tienen lugar á presencia de los mismos, no se encuentran en igual caso las confesiones solemnes que los acreedores otorgan de haber recibido el capital é interes de un crédito, otorgando carta de pago y consintiendo en la cancelacion de hipoteca, por cuanto, léjos de ser simples hechos ó circunstancias que ocurran ante la presencia del notario, constituyen declaraciones relativas á derechos, las cuales deben autorizarse con la solemnidad y formalidades establecidas para las escrituras públicas, aunque no sea necesaria la comparecencia del deudor (Res. Dir. Gen. 20 Octubre 1875).

Léjos de atribuir la ley Hipotecaria á los registradores ó á sus superiores jerárquicos en el órden administrativo la facultad de calificar la validez ó nulidad de los asientos hechos en el Registro, y proceder á la cancelacion de los que estiman como nulos, ordena expresamente en los artículos 79, números 3.° y 4.°, 82 y 83, que la cancelacion de las inscripciones, fundada en la nulidad de éstas ó del título á que se refieran, sólo podrá verificarse por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion, ó por otra escritura ó documento auténtico en el cual exprese su consentimiento la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripcion, llegando al extremo de prohibir en el art. 258 á los registradores, que rectifiquen por su propia autoridad las inscripciones que adolezcan de algun vicio de nulidad, la cual deberá pedirse y se declarará por quien corresponda (Res. Dir. Gen. 31 Marzo 1875).

Inscrita una finca á nombre del Hospital de San Juan de Dios, con cláusula prohibitiva de enajenacion, áun cuando dicha inscripcion fuere ilegal, este Centro carece de competencia para cancelarla, por el principio general en la materia, contenido en los artículos 77, 82 y 83 de la ley Hipotecaria, que las anotaciones ó inscripciones hechas en el Registro no se extinguen ó cancelan no mediando el consentimiento expreso de la persona á cuyo favor se extendió la inscripcion, consignado en documento auténtico ó por sentencia ejecutoria (Res. Dir. General 7 Diciembre 1875).

Constituída la hipoteca á nombre de la Sociedad, se requiere para su cancelacion que conste el consentimiento de la misma ó el de sus legítimos representantes, consignado en escritura pública ú otro documento auténtico, segun disponen los artículos 82 y 136 de la ley Hipotecaria; sin que baste á suplir la falta de personalidad del compareciente que se titula representante de la Sociedad, la circunstancia de haber comparecido con igual carácter al constituírse la hipoteca; porque prescindiendo de que para este acto no fuese indispensable dicha justificacion, el que en aquella fecha tuviese la representacion de la Compañía, no es una prueba de que continuase con aquel carácter al otorgarse la cancelacion (Res. Dir. Gen. 11 Diciembre 1876).

La cuestion objeto de este recurso versa sobre si procede ó no cancelar las hipotecas constituídas é inscritas en los libros del Registro, en garantía del precio no satisfecho de venta de bienes del Estado, en virtud de certificacion que expida una Administracion económica.

Lo dispuesto en el art. 72 del Reglamento no puede entenderse en ningun caso que deroga total ó parcialmente el precepto claro, absoluto y terminante, consignado en el art. 82 de la ley, por cuya razon, y para facilitar el cumplimiento de este precepto, que es legal, y no reglamentario, se dispuso en Real órden de 13 de Diciembre último las circunstancias que habían de contener las certificaciones que expidan los jefes económicos (Res. Dir. Gen. 19 Enero 1877).

Cuando el contrato de establecimiento á primeras cepas se inscribió en los libros de la antigua contaduría, segun está acreditado, no apareciendo trasladado el asiento á los modernos, procede su cancelacion conforme al art. 414 de la ley Hipotecaría, no siendo obstáculo para ello el que haya dejado de cumplirse por los encargados del Registro, al plantearse el nuevo sistema, con la disposicion quinta de la Real órden de 28 de Junio de 1861 y artículos 11, 12, 13 y 14 del Real decreto de 31 de Enero de 1862, porque como faltas del órden interior de las oficinas deben subsanarse de oficio, sin que por ellas sufran los interesados perjuicios ni dilaciones (Res. Dir. Gen. 8 Febrero 1877).

La escritura de cancelacion de hipoteca es inscribible si en ella no se han estipulado condiciones, derechos ó disposiciones de ninguna

especie en favor de los otorgantes parientes del notario, consignándose tan sólo la renuncia y extincion de varios derechos en favor de un tercero (Res. Dir. Gen. 25 Febrero 1878).

Uno de los efectos que producen las inscripciones practicadas en los libros del Registro de la propiedad, y especialmente las de hipoteca, consiste en que no se extingue total ni parcialmente, en cuanto á tercero, sinó por su cancelacion ó por la inscripcion de la trasferencia del dominio ó del derecho real inscrito á favor de otra persona (Res. Dir. Gen. 25 Febrero 1878).

No pudiendo tener la escritura otro objeto que la cancelacion de la hipoteca constituída, es indispensable, para que ésta tenga lugar, que en la escritura conste el consentimiento expreso de la persona á cuyo favor aparece constituída la hipoteca, como previene el art. 82 de la ley; porque si bien la cláusula inserta del poder, autoriza al apoderado para hacer arrendamientos por el tiempo y forma que crea convenir, no le autoriza expresamente para cancelar hipotecas constituídas en garantía de aquéllos (Res. Dir. Gen. 8 Noviembre 1878).

Practicado un asiento en virtud de escritura pública, no se puede cancelar, segun el precepto claro y terminante del art. 82 de la ley, sinó por providencia ejecutoria ó por escritura ó documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelacion la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripcion ó anotacion, ó sus causa-habientes ó legítimos representantes (Res. Dir. Gen. 26 Julio 1876).

Es doctrina fundamental de la ley Hipotecaria que para cancelar las inscripciones hechas en virtud de escritura pública, se requiere el consentimiento de la persona á cuyo favor se extendieron ó de sus causa-habientes ó representantes legítimos, y en su defecto, testimonio de la sentencia ejecutoria ordenando la cancelacion.

Desde el instante en que el primer acreedor enajenó, mediante la subhipoteca, siquiera de un modo parcial y con el consentimiento del primer deudor, la hipoteca constituida por éste sobre la expresada finca, no basta que aquel primer acreedor consienta en la cancelacion de este gravámen, sinó que es ademas necesario é indispensable el del segundo acreedor que ha adquirido varios de los derechos del primero en la manera indicada, á fin de que puedan cumplirse los efectos que produce esta clase de garantías, con arreglo á la misma ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 23 Julio 1878).

En caso de ser nula la inscripcion de posesion, y de ser necesaria la declaracion de dicha nulidad para practicar la correspondiente cancelacion, el registrador es incompetente para hacerlo por sí de oficio y sin preceder ninguno de los requisitos establecidos en el tít. IV de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 22 Marzo 1879).

El contrato por el cual un acreedor da en garantía á otra persona el derecho de hipoteca voluntaria, envuelve necesariamente una cesion ó trasferencia durante el tiempo que subsista el contrato de una parte de los derechos que corresponden al primer acreedor en favor del segundo, sin cuya cesion ó trasferencia la garantía consistente en la hipoteca del *derecho de hipoteca*, no produciría efecto alguno jurídico, lo cual es contrario á los principios sobre la naturaleza de los contratos, y por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el párr. 1.° del art. 82 de la ley, no pudieron ser canceladas las hipotecas sin consentimiento del subhipotecante.

Por consiguiente, no concurriendo al acto de la cancelacion todos los que tenían derechos á su favor, el registrador debe negarse á practicarla, porque ademas de no haberse cumplido los requisitos de la ley, se trata del perjuicio de un tercero sin su conocimiento, de un derecho real que había servido de garantía, lo cual constituye al registrador en responsabilidad, conforme al núm. 4.° del art. 313 de la ley (Resolucion Dir. Gen. 19 Julio 1879).

Segun doctrina de esta Direccion, los actos ó contratos en virtud de los cuales se extinguen ó cancelan derechos reales inscritos, deben distinguirse de aquéllos que hacen referencia á la cobranza de créditos y á la extension de los oportunos recibos.

Tambien es doctrina de este Centro que entre las facultades de los administradores y de los usufructuarios, no está comprendida la de enajenar bienes raíces y derechos reales de las personas cuyos bienes administran ó usufructúan. Teniendo en cuenta estos principios, es indudable que el marido, por más que con arreglo al art. 45 de la ley de Matrimonio civil, sea el representante y administrador legítimo de la persona y bienes de la mujer casada, y puede ejercer tal facultad sin limitacion alguna desde que es mayor de diez y ocho años, y al propio tiempo de conformidad con otras disposiciones, tenga, por lo que respecta á la dote inestimada, el carácter de usufructuario, la verdad es que ni lo uno ni lo otro le autoriza á ejercer

actos de dominio, como es el otorgamiento de una escritura de cancelacion.

No obsta á los fundamentos anteriormente expuestos el que el interesado haya acudido á la autoridad judicial para conseguir y obtener la correspondiente licencia, y que ésta le haya sido concedida, pues para que semejantes actos sean válidos y produzcan sus naturales efectos, es indispensable que se ciñan á lo que las leyes prescriben, que tratándose de la cancelacion de la hipoteca constituída para la seguridad de un crédito inscrito á nombre de la mujer con el carácter de dotal, no son otras que las disposiciones de la ley Hipotecaria, y con especialidad el artículo 188 de la misma.

No habiendo sido la escritura de cancelacion otorgada en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, ni solicitada y concedida la autorizacion judicial en la forma que determina el repetido art. 188, sinó con arreglo á las prescripciones de la Real órden de 28 de Agosto de 1876, dictada para la enajenacion de los bienes de los hijos no emancipados, es improcedente su inscripcion, miéntras tales defectos no se subsanen (Res. Dir. Gen. 22 Setiembre 1879).

El derecho de cancelar no es inherente al de administrar, y aquél sólo compete al administrador cuando la ley ó el propietario de la cosa se lo conceden clara y especialmente.

No está incluida entre las facultades que la ley de Enjuiciamiento civil concede á los administradores judiciales de los bienes de testamentarios ó abintestato la de cancelar derechos reales (Res. Dir. Gen. 9 Octubre 1880).

Artículo 1964.—Si constituída una inscripcion ó anotacion por providencia judicial convinieren válidamente los interesados en cancelarla, acudirán al Juez ó al Tribunal competente por medio de un escrito manifestándolo así, y despues de ratificarse en su contenido, si no hubiere ni pudiere haber perjuicio para tercero, se dictará providencia ordenando la cancelacion.

Tambien dictará el Juez ó el Tribunal la misma providencia cuando sea procedente, aunque no consienta en la cancelacion la persona en cuyo favor se hubiere hecho.

Si constituída la inscripcion ó anotacion por escritura pública, procediere su cancelacion y no consintiere en ella aquel á quien ésta perjudique, podrá el otro interesado demandarlo en juício ordinario.

ORÍGENES

Art. 83, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El art. 83 de la ley Hipotecaria, al establecer en su párrafo tercero que si procediere la cancelacion de una inscripcion ó anotacion constituída por escritura pública, y no consintiese en ella aquél á quien perjudique, podrá el otro interesado demandarle en juício ordinario, supone necesariamente que este punto no haya sido objeto de controversia jurídica, porque si esto se ha verificado, no es aplicable ni puede, por consiguiente utilizarse en casacion contra la providencia que lo terminó el citado precepto legal, supuesto que ya está decidido lo que se pretende al invocarlo que vuelva á decidirse en otro juício (Sent. 7 Febrero 1868).

Segun el art. 83 de la ley Hipotecaria, si constituída la inscripcion y anotacion por escritura pública procediese su cancelacion y no consintiese en ello aquel á quien ésta perjudique, podrá el otro interesado demandarlo en juicio ordinario (Sent. 20 Marzo 1873).

El art. 83 de la ley Hipotecaria autoriza á reclamar contra una inscripcion ó anotacion constituída por providencia judicial, debiendo el Juez ó Tribunal dictar la cancelacion cuando sea procedente, aunque no consienta en ello la persona á cuyo favor se hubiese hecho (Sentencia 9 Mayo 1873).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La ley Hipotecaria reconoce como títulos inscribibles las sentencias de los Tribunales contra las cuales no se ha interpuesto recurso de casacion, no sólo para declarar el dominio de los bienes, sinó para cancelar los asientos del Registro que se hallen en contradiccion con tales declaraciones (Res. Dir. Gen. 8 Junio 1876).

Artículo 1965.—Será competente para ordenar la cancelacion de una anotacion preventiva ó su conversion en inscripcion definitiva, el Juez ó el Tribunal que la haya mandado hacer, ó el que le haya sucedido legalmente en el conocimiento del negocio que diera lugar á ella.

ORÍGENES

Art. 84, ley Hipotecaria.

Artículo 1966.—La anotacion preventiva se cancelará, no sólo cuando se extinga el derecho anotado, sinó tambien cuando en la escritura se convenga ó en la providencia se disponga respectivamente convertirla en inscripcion definitiva.

Si se hubiere hecho la anotacion sin escritura pública y se tratase de cancelarla sin convertirla en inscripcion definitiva, podrá hacerse tambien la cancelacion, mediante documentos de la misma especie que los que se hubieren presentado para hacer la anotacion.

ORÍGENES

Art. 85, ley Hipotecaria.

Artículo 1967.—La anotacion á favor del legatario que no lo sea de especie, caducará al año de su fecha.

Si el legado no fuere exigible á los diez meses, se considerará subsistente la anotacion preventiva hasta dos meses despues en que pueda exigirse.

ORÍGENES

Art. 86, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los dias feriados no se cuentan para la liquidacion de los plazos de caducidad ó extincion de las anotaciones preventivas (Res. Dir. Gen. 22 Diciembre 1862).

Artículo 1968.—Si ántes de extinguirse la anotacion preventiva resultare ser ineficaz para la seguridad del legado, por razon de las cargas ó condiciones especiales de los bienes anotados, podrá pedir el legatario que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de tal gravámen.

ORÍGENES

Art. 87, ley Hipotecaria.

Artículo 1969.—El legatario de rentas ó pensiones periódicas, impuestas por el testador determinadamente á cargo de alguno de los herederos ó de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligacion, tendrá derecho, dentro del plazo señalado en el art. 1967 (86 de la ley), á exigir que la anotacion preventiva que oportunamente hubiere constituído de su derecho, se convierta en inscripcion hipotecaria.

ORÍGENES

Art. 88, ley Hipotecaria.

Artículo 1970.—El heredero ó legatario gravado con la pension, deberá constituír la hipoteca de que trata el artículo anterior, sobre los mismos bienes anotados, si se le adjudicaren, ó sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen.

La eleccion corresponderá, en todo caso, á dicho heredero ó legatario gravado, y el pensionista deberá admitir la hipoteca que aquél le ofrezca, siempre que sea bastante y la imponga sobre bienes procedentes de la herencia.

ORÍGENES

Art. 89, ley Hipotecaria.

Artículo 1971.—El pensionista que no hubiere constituído anotacion preventiva, podrá exigir tambien en cualquier tiempo la inscripcion hipotecaria de su derecho, sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero ó se hayan adjudicado al legatario ó heredero especialmente gravado, siempre que pudiera hacerlo, mediando anotacion preventiva eficaz, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

Esta inscripcion no surtirá efecto sinó desde su fecha.

ORÍGENES

Art. 90, ley Hipotecaria.

Artículo 1972.—El pensionista que hubiere obtenido anotacion preventiva, no podrá exigir que se le hipotequen otros bienes que los anotados, si éstos fueren suficientes para asegurar el legado. Si no lo fueren, podrá exigir el complemento de su hipoteca sobre otros bienes de la herencia; pero con sujecion, en cuanto á estos últimos, á lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 91, ley Hipotecaria.

Artículo 1973.—La anotacion á favor del acreedor refaccionario caducará á los sesenta días de concluida la obra objeto de la refaccion.

ORÍGENES

Art. 92, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Las anotaciones preventivas por razon de crédito refaccionario tienen, conforme al artículo 92 de la Ley Hipotecaria, una duracion distinta de la señalada á las demas que se tomen por defecto del título ó imposibilidad del registrador; pues miéntras éstas caducan á los sesenta días de su fecha, surten sus efectos las primeras hasta sesenta días despues de concluida la obra objeto de la refaccion; se funda este precepto en que miéntras no se terminan las obras no puede el acreedor totalizar su crédito ni formalizar la hipoteca que le corresponde sobre los bienes refaccionarios (Res. Dir. General 11 Abril 1876).

Artículo 1974.—El acreedor refaccionario podrá convertir su anotacion preventiva en inscripcion de hipoteca, si al espirar el término señalado en el artículo anterior no estuviere aún pagado por completo de su crédito, por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato.

Si el plazo estuviere vencido, podrá el acreedor, ó prorogarlo mediante la conversion de la anotacion de inscripcion hipotecaria, ó exigir el pago desde luégo, para lo cual surtirá la anotacion todos los efectos de la hipoteca.

ORÍGENES

Art. 93, ley Hipotecaria.

Artículo 1975.—Para convertir en inscripcion hipotecaria la anotacion de crédito refaccionario, se liquidará éste, si no fuere líquido, y se otorgará escritura pública.

ORÍGENES

Art. 94, ley Hipotecaria.

Artículo 1976.—Las cuestiones que se susciten entre el acreedor y el deudor sobre la liquidacion del crédito refaccionario, ó sobre la constitucion de la hipoteca, se decidirán en juício ordinario. Miéntras éste se sustancie y termine, subsistirá la anotacion preventiva y producirá todos sus efectos.

ORÍGENES

Art. 95, ley Hipotecaria.

Artículo 1977.—La anotacion exigida á consecuencia de no poderse verificar la inscripcion por defectos subsanables del título presentado, caducará á los sesenta días de su fecha.

Este plazo se podrá prorogar hasta ciento ochenta días por justa causa, y en virtud de providencia judicial.

ORÍGENES

Art. 96, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina de la ley, las anotaciones por suspension de los mandamientos judiciales caducan al concluir el plazo señalado al efecto, y deben cancelarse de oficio, con arreglo á lo declarado por Real órden de 28 de Enero de 1875, sin que en este caso sea un obstáculo lo

consignado de que el defecto de no aparecer inscrito el dominio sea *subsanable en cualquier tiempo*, porque estas palabras se refieren únicamente á la facultad que tiene el que se supone dueño de presentar los títulos, pero de ningun modo á los efectos y duracion del asiento de presentacion (Res. Dir. Gen. 4 Enero 1877).

La ley Hipotecaria concede á los interesados en la inscripcion de un título, cuando ésta no puede tener lugar por no hallarse inscrita la finca á nombre del que la trasfiere ó grava, el derecho de solicitar y obtener una anotacion preventiva, con el objeto de que dentro del plazo señalado para la duracion de dicho asiento puedan los interesados subsanar aquella omision.

Habiendo dispuesto la citada ley que la duracion ordinaria del referido plazo sea de sesenta días, prorogable sólo á ciento ochenta en virtud de providencia judicial y por justa causa, es improcedente la pretension del recurrente para que se extienda una segunda anotacion preventiva del mismo título y por el propio defecto que la anterior, porque de accederse á esta pretension se eludiría el precepto de la ley, prorogándose indefinidamente, contra su letra y espíritu, la duracion del plazo que concede para que los interesados en un título no inscribible puedan subsanar los defectos de que adoleciere, disfrutando, miéntras no lo verifiquen, de los mismos beneficios que los títulos definitivamente inscritos (Res. Dir. Gen. 30 Marzo 1878).

Artículo 1978.—La cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas sólo extingue, en cuanto á tercero, los derechos inscritos á que afecte, si el título en virtud del cual se ha verificado no es falso ó nulo, ó se ha hecho á los que puedan reclamar la falsedad ó nulidad, la notificacion que prescribe el art. 1915 (34 de la ley) sin haberse formalizado tal reclamacion, y no contiene el asiento vicio exterior de nulidad de los expresados en el artículo siguiente.

ORÍGENES

Art. 97, ley Hipotecaria.

Artículo 1979.—Será nula la cancelacion:

Primero. Cuando no dé claramente á conocer la inscripcion ó anotacion cancelada.

Segundo. Cuando no exprese el documento en cuya virtud se haga la cancelacion, los nombres de los otorgantes, del notario y del Juez ó Tribunal en su caso, y la fecha del otorgamiento ó expedicion.

Tercero. Cuando no exprese el nombre de la persona á cuya instancia ó con cuyo consentimiento se verifique la cancelacion.

Cuarto. Cuando haciéndose la cancelacion á nombre de persona distinta de aquella á cuyo favor estuviere hecha la inscripcion ó anotacion, no resultare de la cancelacion la representacion con que haya obrado dicha persona.

Quinto. Cuando en la cancelacion parcial no se dé claramente á conocer la parte del inmueble que haya desaparecido, ó la parte de la obligacion que se extinga y la que subsista.

Sexto. Cuando habiéndose verificado la cancelacion de una anotacion en virtud de documento privado, no dé fe el registrador de conocer á los que lo suscriban, ó á los testigos en su defecto.

Sétimo. Cuando no contenga la fecha de la presentacion en el Registro del título en que se haya convenido ó mandado la cancelacion.

ORÍGENES

Art. 98, ley Hipotecaria.

Artículo 1980.—Podrá declararse nula la cancelacion con perjuicio de tercero, fuera del caso de haberse hecho la notificacion del artículo 1915 (34 de la ley):

Primero. Cuando se declare falso, nulo ó ineficaz el título en cuya virtud se hubiese hecho.

Segundo. Cuando se haya verificado por error ó fraude.

Tercero. Cuando la haya ordenado un Juez ó Tribunal incompetente.

ORÍGENES

Art. 99, ley Hipotecaria.

Artículo 1981.—Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad

de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se soliciten las cancelaciones y la capacidad de los otorgantes, en los términos prevenidos respecto á las inscripciones en los artículos 1899 y 1900 (18 y 19 de la ley).

ORÍGENES

Art. 100, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La cancelacion de la hipoteca otorgada por uno de los cuatro hijos del testador sin poder ni representacion de los otros, ni facultad especial del testador para otorgar actos de enajenacion á cuya clase pertenece la extincion del derecho de hipoteca, y sin que pueda invocar semejante facultad en concepto de albacea testamentario, contador y partidor, en razon á que las leyes que fijan las atribuciones de estos cargos no reconocen, ántes bien prohiben, como se desprende de la 42, tít. XVIII, Partida 3.ª, la de enajenar bienes raíces, mayormente existiendo hijos, á quienes por este medio se podría perjudicar y defraudar en su porcion legítima (Res. Dir. Gen. 13 Junio 1874).

Al otorgar el administrador-depositario judicial del concurso la escritura de cancelacion presentada en el Registro, ha ejecutado un acto válido, porque habiendo sido condenado el concurso de *La Peninsular* á otorgar nueva escritura de cancelacion á favor del recurrente en virtud de ejecutoria, no existiendo otro representante legal que el referido, reconocido ademas por el Tribunal, y no pudiendo diferirse tampoco el cumplimiento de la misma hasta la eleccion de síndicos, por señalarse en ella un plazo perentorio, en el presente caso el administrador-depositario del concurso, no sólo tenía facultad, sinó que venía obligado á otorgar la correspondiente escritura pública de cancelacion (Res. Dir. Gen. 3 Junio 1876).

Artículo 1982.—Los registradores calificarán tambien, bajo su responsabilidad, la competencia de los Jueces ó Tribunales que ordenen las cancelaciones, en los casos en que no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripcion ó anotacion preventiva.

Si dudaren de la competencia del Juez ó Tribunal, darán cuenta al Presidente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que estime procedente.

ORÍGENES

Art. 101, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Cuando los registradores duden de la competencia de los Tribunales que ordenen las cancelaciones, darán cuenta al Presidente de la Audiencia respectiva para que éste decida lo que estime procedente, comunicando por escrito la suspension la parte interesada (Resolucion Dir. Gen. 7 Junio 1876).

Los artículos 101, 102 y 103 de la ley Hipotecaria, y 86, 87 y 88 de su Reglamento, establecen una tramitacion especial para los recursos que se interpongan contra la suspension ó denegacion de cancelacion de una anotacion preventiva, cuando se funda en la incompetencia del Juez ó Tribunal que haya ordenado dicha cancelacion.

Si el Presidente de la Audiencia, al cual acudió la interesada, ha declarado que el juez que había ordenado la cancelacion no era competente, ha debido la recurrente quejarse de esta resolucion ante la Sala de gobierno, con arreglo á lo previsto en el art. 88 del mencionado Reglamento.

Segun los términos claros y precisos del artículo 2.º del Real decreto de 3 de Enero de 1876, de acuerdo con el 66 de la ley Hipotecaria, este Centro debe conocer de aquellos recursos que se promueven contra la negativa de los registradores á inscribir documentos judiciales, sólo cuando se fundare en algun *defecto de que adolezcan los mismos documentos*, ó en algun obstáculo legal que proceda del Registro, mas no cuando se funde en la incompetencia del juzgado que ordenó la cancelacion (Res. Dir. General 3 Octubre 1879).

Artículo 1983.—Cuando el Presidente declare la competencia del Juez ó Tribunal, el registrador hará desde luégo la cancelacion.

Cuando no lo estime competente, el mismo registrador comunicará esta decision al interesado, devolviéndole el despacho.

ORÍGENES

Art. 102, ley Hipotecaria.

Artículo 1984.—Contra la decision de los Presidentes podrá recurrirse, tanto por los Jueces y Tribunales como por los interesados, á la Audiencia, la cual, oyendo á las partes, determinará lo que estime justo.

Contra el fallo de la Audiencia procederá el recurso de casacion.

ORÍGENES

Art. 103, ley Hipotecaria.

Artículo 1985.—La cancelacion de toda inscripcion contendrá necesariamente las circunstancias siguientes:

Primera. La clase de documento en cuya virtud se haga la cancelacion.

Segunda. La fecha del documento y la de presentacion en el Registro.

Tercera. El nombre del Juez, Tribunal ó Autoridad que lo hubiere expedido, ó del notario ante quien se haya otorgado.

Cuarta. Los nombres de los interesados en la inscripcion.

Quinta. La forma en que la cancelacion se haya hecho.

ORÍGENES

Art. 104, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Determinadas en los artículos 104 de la ley y 90 del Reglamento la forma y circunstancias de toda cancelacion, diferentes de las señaladas por el art. 9.° de la ley para los asientos de inscripcion, el registrador no pudo elegir á su arbitrio la manera de hacer constar en el Registro las escrituras, sinó que debió adoptar la única señalada por la ley expresamente, que es la de un asiento de cancelacion.

Si el registrador extiende los asientos de inscripcion con las circunstancias prevenidas en el art. 9.° de la ley para hacer constar la redencion de censos, falta á los expresados artículos 79 y 104 de la ley, 69 y 70 del Reglamento, y no se puede invocar este hecho para el efecto de la regulacion de honorarios, con arreglo al número 2.° del arancel, falta que está prevista en el art. 345 de la ley, para corregirla disciplinariamente (Res. Dir. Gen. 22 Julio 1874).

CAPÍTULO V

DEL MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS [1]

Artículo 1986.—El Registro de la propiedad se llevará en libros foliados y rubricados por los Presidentes de los Tribunales de partido ó jueces municipales delegados para la inspeccion de los Registros.

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

DEL MODO DE LLEVAR LOS REGISTROS.—No ha tenido la Comision que luchar con dificultades tan graves en esta parte del Proyecto como en todas las hasta aquí mencionadas. No hay que consultar en ella los derechos existentes, ni tratar de conciliarlos, ni establecer el dificilísimo tránsito de un sistema á otro, basado sobre principios diferentes. Sin inconveniente alguno se puede adoptar un nuevo método de llevar los Registros y aceptarlo con todas sus consecuencias. No podrán perder en ello los derechos civiles; al contrario, ganarán mucho, porque la experiencia ha señalado las reformas que pueden y deben hacerse, y esto, ademas de convenir al órden, á la facilidad del manejo de libros, es beneficioso á la propiedad y á los demas derechos *en la cosa*, pues que cuanto mejor constituídos estén los Registros, mayor es su garantía. No debe la Comision exponer aquí todas las medidas que propone sobre el modo de llevarlos para asegurar su legalidad y su autenticidad: la mayor parte de ellas no necesitan ni explicarse ni justificarse. Por esto la Comision sólo hará mencion de muy escasos puntos. Entre ellos ocupa el primer lugar la necesidad de que todos los libros de Registro sean iguales y se formen bajo la direccion del ministerio de Gracia y Justicia, con cuantas precauciones sean convenientes para impedir fraudes y falsedades. No teme la

ORÍGENES

Art. 222, ley Hipotecaria.

Artículo 1987.—Los libros expresados en el artículo anterior, serán uniformes para todos los Registros y se formarán bajo la direccion del Ministerio de Gracia y Justicia con todas las precauciones convenientes, á fin de impedir cualesquiera fraudes ó falsedades que pudieran cometerse en ellos.

ORÍGENES

Art. 223, ley Hipotecaria.

Comision que ni áun los partidarios más decididos de la descentralizacion absoluta encuentren poco atinada esta prescripcion. Los Registros de la propiedad, los Registros de las hipotecas, encierran en sus páginas el depósito de intereses permanentes del Estado; lo que en ellos se escriba, si bien algunas veces tiene limitados sus efectos á la generacion que vive, ha de afectar áun más profundamente á los intereses de las generaciones venideras, que allí verán escritos los derechos de la propiedad, la serie de las sucesiones, las alianzas de las familias, la garantía del crédito y la seguridad de las transacciones verificadas en los siglos que pasaron. La direccion del Gobierno es la única capaz de dar á estos Registros la uniformidad, sin la cual, abandonada la ley al arbitrio de los registradores, pronto perdería su carácter, se desfiguraría en las localidades, y muy luégo caería en un descrédito completo. El papel de los libros, el modo de fabricarlo, las marcas y señales que debe llevar, la forma de hacer las encuadernaciones, y hasta la tinta y la pluma que se usen para escribir en ellos, pueden influir grandemente en su larga conservacion, en hacer imposibles ó difíciles al ménos las falsificaciones y fácil su descubrimiento: esto por sí sólo basta á veces para detener la mano de los falsificadores. La direccion del Gobierno será, cada vez que se renueven los Registros, una nueva advertencia á los registradores de que tienen rigurosamente que ajustarse á las formalidades establecidas por la ley y Reglamentos; llenar las casillas, y hacerlo todo con entera sujecion á lo que se halle prevenido: así no nacerán prácticas abusivas que, fundadas aparentemente en la conveniencia de simplificar, pero aconsejadas en realidad por la desidia, concluirían por dejar sin efecto las precauciones más bien meditadas.

Nunca deben salir de las oficinas los libros del Registro: nada hay que pueda justificar esta traslacion; si se necesitan para diligencias judiciales, medios tienen los juzgados para obtener de un modo fehaciente todo cuanto conduzca á la aclaracion de los hechos que se quieran averiguar, ya sea en el órden civil, ya en el criminal. Desde el momento en que se sacan los libros de un archivo, pueden correr peligro cuantiosos intereses, y no es justo que para la comodidad de un litigante, ó para la decision de un solo negocio, se cause perjuicio á todos los que tengan derechos reales en la demarcacion de un partido judicial. Este mismo principio ha prevalecido en el proyecto de ley del Notariado, y merecido la aprobacion de uno de los Cuerpos Colegisladores. Desde el momento en que los libros salen de la oficina en que se hallan y pasan á manos diferentes de aquellas que en todo tiempo tienen obligacion de responder de su autenticidad; desde que pasan de unas á otras oficinas, por esmeradas y escrupulosas que sean las diligencias que se adopten para salvar su integridad; desde que la responsabilidad no es una, sinó que se divide y subdivide entre muchos, natural es que pierdan en el órden moral algun tanto de confianza y la seguridad que deben inspirar á todos por completo.

La division del Registro en dos secciones, la de la propiedad y la de hipotecas; los diferentes libros que deben llevarse por los registradores; la manera de llevarlos; las circunstancias de los asientos; las diligencias que diariamente han de practicarse para alejar todo peligro de que aparezca hecho en tiempo ó fuera de tiempo un asiento; las notas en los títulos inscritos; la precauciones convenientes para que no queden perjudicados los derechos fiscales; la conservacion de los documentos que han de quedar en las oficinas, y el modo de que no sea ilusoria la facultad de los interesados para cerciorarse de que las inscripciones, anotaciones ó cancelaciones están inscritas con toda exactitud y que no tienen omisiones indebidas, se describen, á juicio de la Comision, con precision y claridad, no desdeñando descender á pormenores que no son ociosos en punto de tanta gravedad, y en que tan irreparables perjuicios puede ocasionar el más pequeño descuido. Se lisonjea la Comision de no haber omitido nada de cuanto ha encontrado en nuestro Derecho propio, ó en el Derecho extranjero, que sea aplicable á estos tiempos y á España, y pueda contribuir á la perfeccion de los Registros.

Dos observaciones añadirá aquí respecto á dos disposiciones que ha escrito en el Proyecto. Es la primera, que las inscripciones hechas en dias feriados sean nulas. Parecerá tal vez á algunos excesivo el rigor de esta prescripcion, y creerán que la Comision, por una falta disculpable, ó de poca importancia al ménos, ha impuesto la gravísima pena de pérdida de derechos. Pero á poco que mediten, no podrán ménos de reconocer la justicia y la necesidad de este artículo; de otro modo, el que en un día festivo no llevase al Registro una escritura para que se tomase de ella razon, en la seguridad de que tampoco otra podia hacerlo, y acudiera á la primera hora del siguiente día hábil, quedaría perjudicado por el que, sólo á la sombra de la infraccion de la ley, hubiera ganado la preferencia. La otra observacion se refiere á la facultad que se da á los interesados para exigir que ántes de hacerse un asiento en el libro se les dé conocimiento de la minuta, con objeto de que puedan pedir y obtener que se subsanen los errores ú omisiones que adviertan. Ni el registrador contra su opinion debe acceder á lo que el interesado reclame, ni al interesado tampoco ha de privársele de todo recurso para obtener su deseo en el caso de que se hubiere desestimado. Pero en estas cuestiones de fácil apreciacion no debian seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; son más bien actos de jurisdiccion voluntaria que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contencion. Por esto la Comision ha dejado la decision á los Regentes de las Audiencias ó á sus delegados, creyendo que así quedan bastantemente garantidos los derechos de todos los interesados.

Artículo 1988.—Sólo harán fe los libros que lleven los registradores formados con arreglo á lo prevenido en el artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 224, ley Hipotecaria.

Artículo 1989.—Los libros del Registro no se sacarán por ningun motivo de la oficina del registrador; todas las diligencias judiciales ó extrajudiciales que exijan la presentacion de dichos libros, se ejecutarán precisamente en la misma oficina.

ORÍGENES

Art. 225, ley Hipotecaria.

Artículo 1990.—Los libros estará numerados por órden de antigüedad.

ORÍGENES

Art. 226, ley Hipotecaria.

Artículo 1991.—Comprenderá el Registro de la propiedad las inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas de todos los títulos sujetos á inscripcion, segun los artículos 1883 y 1886 (2.° y 5.° de la ley).

ORÍGENES

Art. 227, ley Hipotecaria.

Artículo 1992.—El Registro de la propiedad se llevará abriendo uno particular á cada finca en el libro correspondiente, asentando por primera partida de él la primera inscripcion que se pida relativa á la misma finca, siempre que sea de traslacion de propiedad.

Cuando no sea de esta especie la primera inscripcion que se pida, se trasladará al Registro la última de dominio que se haya hecho en los libros antiguos á favor del propietario cuya finca quede gravada por la nueva inscripcion. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores, se asentarán á continuacion, sin dejar claros entre unos y otros asientos.

ORÍGENES

Art. 228, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Cuando se trate de registrar una hipoteca, no hay necesidad de extender un asiento ó inscripcion de dominio independiente del asiento ó inscripcion de la hipoteca, con tal que se expresen las circunstancias esenciales de tal adquisicion, tomándolas de los documentos necesarios al efecto. El art. 228 de la ley es la regla general: lo que acaba de exponerse es una excepcion introducida por el art. 20, con el fin de facilitar la inscripcion de los títulos anteriores al planteamiento del moderno sistema hipotecario (Res. Dir. Gen. 23 Mayo 1874).

Los asientos extendidos por los funcionarios encargados legalmente de los libros del Registro, deben reputarse válidos y legítimos áun cuando carezcan de alguna de las circunstancias ó requisitos esenciales, miéntras los Tribunales no declaren en la forma debida su nulidad y consiguiente cancelacion, por lo cual los referidos asientos deben producir todo su valor para el efecto de inscribir á continuacion de los mismos los actos de enajenacion ó gravámen otorgados por las personas que aparecen con derecho para ello, siempre que no exista omision de tal naturaleza, que haga imposible conocer si el trasmitente tiene ó no derecho, segun el Registro, para otorgar aquellos actos (Res. Dir. Gen. 17 Febrero 1877).

Si bien el art. 21 del Reglamento, en armonía con el 228 de la ley, exige para la traslacion á los nuevos libros de los asientos relativos á derechos reales, impuestos sobre una finca cuyo dominio no consta en los libros antiguos, que se hagan dos inscripciones, una de dominio y otra del derecho real, la infraccion de este precepto no constituye un motivo de nulidad de los asientos trasladados con arreglo á los artículos 30 y 32 de la ley, puesto que por hallarse extendidos en los Registros anteriores á 1863 surten, en cuanto á los derechos que de ellos consten, todos los efectos de las inscripciones posteriores á esta fecha, aunque carezca de alguno de los requisitos que bajo pena de nulidad exigen los artículos 9.° al 13 de la citada ley.

Esta infraccion puede y debe subsanarse para la conveniente organizacion del Registro y para que se hallen respectivamente relacionados y garantidos los derechos del dueño, siempre que por ellos se presenten los documentos á que se refiere el penúltimo párrafo del art. 21 del Reglamento, haciéndose imposible miéntras no se subsane (Res. Dir. Gen. 4 Enero 1877).

Á tenor de lo prescrito en el art. 228 de la ley, todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones referentes á una misma finca deben extenderse en los libros del Registro, sin dejar claros ni espacios en blanco entre unos y otros asientos.

Cuando un registrador halle claros ó espacios en blanco, deberá, para subsanar este defecto, hacer aplicacion del art. 412 de la ley, debiendo observar ademas las siguientes reglas:

1.ª Las hojas en blanco y los claros que se hallen en las destinadas al Registro particular de cada finca, se inutilizarán de modo que no se pueda volver á extender en aquéllas ni en éstos ningun asiento.

2.ª Esta diligencia la practicará el delegado de la presidencia, para la inspeccion de dicho Registro, con asistencia del actual registrador y representante del Ministerio público, señalando el dia y hora en que ha de celebrarse.

3.ª Al márgen de toda hoja en blanco ó de todo claro que exceda de tres líneas, deberá extenderse una certificacion expresiva del número de líneas inutilizadas y del motivo que ha habido para ello, cuya certificacion autorizará el juez delegado.

4.ª Concluída esta diligencia é inutilizados todos los claros, se levantará un acta, en la que se consignará brevemente la numeracion de las páginas de los diferentes tomos ó libros del Registro en que aquélla se ha practicado, y el número de líneas inutilizadas en cada uno.

Y 5.ª El delegado remitirá una nota ó relacion de los funcionarios que autorizan el primer asiento, extendida despues de dos ó más líneas en blanco relativas al Registro particular de una misma finca, con el objeto de que por esta Direccion se acuerde lo que proceda (Resolucion Dir. Gen. 3 Febrero 1877).

Si el censo se halla inscrito en los libros antiguos, lo que procede, con arreglo á los dos últimos párrafos del art. 21 del Reglamento, es trasladar el referido asiento, inscribiéndose ántes el dominio de la finca, á fin de que tenga cumplimiento lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 228 de la ley (Res. Dir. Gen. 14 Abril 1879).

El art. 228 de la ley Hipotecaria ordena que cuando no sea inscripcion de dominio la primera que se pida relativa á una finca, deberá trasladarse al Registro la última de dominio que se haya hecho en los libros antiguos, á favor del propietario, y el art. 21 del Reglamento autoriza para trasladar el asiento hecho en los antiguos libros en que conste inscrito un derecho real, siempre que en el título présentado ó en otros documentos fehacientes se acredite la adquisicion del dominio de la finca y del derecho real ántes de 1.° de Enero de 1863, por lo cual, si no consta inscrita la propiedad en los antiguos libros ni en los modernos, ni consta tampoco que la adquisicion fuese anterior á aquella fecha, existe un obstáculo legal que impide la inscripcion de la escritura de enajenacion de la finca, sin que pueda invocarse en contra de ésta el texto del art. 9.° de la ley de 11 de Julio de 1878, que no puede entenderse en el sentido de que por él se deroguen las reglas generales sobre inscripcion contenidas en la ley Hipotecaria, ni mucho ménos en el sentido de que pueda extenderse una inscripcion, aunque sea en forma de nota en los libros de la antigua contaduría, porque la misma ley Hipotecaria prohibe hacer en ellos asiento alguno, á excepcion de los taxativamente señalados en los artículos 414 y 415 (Res. Dir. Gen. 26 Diciembre 1879).

Es un principio fundamental en legislacion hipotecaria, claramente consignado en el artículo 228 de la ley, que no puede inscribirse ningun derecho real sin que conste previamente inscrito el dominio del inmueble á que afecta (Res. Dir. Gen. 6 Octubre 1880).

Cada una de las fincas indebidamente incluídas bajo un solo número, debe tener un registro propio, á tenor de lo que exigen los artículos 8.° y 228 de la ley Hipotecaria, y no hay inconveniente en que al abrir nuevo número á cada una de las dichas fincas, se ponga como primera inscripcion la de hipoteca que al presente se solicita, toda vez que el dominio de aquéllas aparece ya en el Registro moderno, por lo cual basta, á los efectos del mencionado art. 228, expresar en la inscripcion de hipoteca las circunstancias esenciales de la adquisicion del propietario, tomándolas de la inscripcion de venta, y citando el tomo, folio y número en que consta (Res. Dir. Gen. 8 Octubre 1880).

Artículo 1993.—Los asientos relativos á cada finca se numerarán correlativamente, y se firmarán por el Registrador.

ORÍGENES

Art. 229, ley Hipotecaria.

Artículo 1994.—Se abrirá un libro para cada término municipal que en todo ó en parte esté enclavado en el territorio de un Registro.

ORÍGENES

Art. 230, ley Hipotecaria.

Artículo 1995.—Los libros de cada término municipal tendrán una numeracion especial correlativa, ademas de la prevenida en el artículo 1990 (226 de la ley).

ORÍGENES

Art. 231, ley Hipotecaria.

Artículo 1996.—El Gobierno podrá acordar, por razones de conveniencia pública, que un término municipal se divida en dos ó más secciones, y que se abra un libro de Registro para cada una de ellas.

ORÍGENES

Art. 232, ley Hipotecaria.

Artículo 1997.—En el caso expresado en el artículo anterior, á las dos numeraciones que deben tener los libros, segun los artículos 1990 y 1991 (226 y 231 de la ley), se añadirán las palabras: «Seccion primera ó segunda,» ó la que corresponda.

ORÍGENES

Art. 233, ley Hipotecaria.

Artículo 1998.—Cuando un título comprenda varios bienes inmuebles ó derechos reales que radiquen en un término municipal, la primera inscripcion que se verifique contendrá todas las circunstancias prescritas en el art. 1890 (9.° de la ley) y en las otras sólo se describirá la finca, si fuere necesario, ó se determinará el derecho real objeto de cada una de ellas, y se expresarán la naturaleza del acto ó contrato, los nombres del trasferente y adquirente, la fecha y pueblo en que se expidió el título, y el nombre del Notario autorizante, refiriéndose en todo lo demas á aquella primera inscripcion y citándose el libro y folio en que se encuentre.

ORÍGENES

Art. 234, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Si al hacer el registrador dos ó más inscripciones extensas correspondientes á fincas situadas en otros términos municipales, ha insertado literalmente cláusulas innecesarias, como son las relativas á los preliminares del préstamo, á la obligacion de bienes presentes y futuros y á la de pagar el deudor los gastos de escritura, y ha copiado tambien literalmente las condiciones del contrato contra el espíritu de la ley Hipotecaria que prohibe la trascripcion ó copia literal de los títulos, y exige que de éstos se haga sólo un extracto fiel é inteligente, y contra la letra del art. 29, núm. 7.°, del Reglamento general, ha infringido el art. 234 de la ley, sin que le sirva de excusa atribuir la falta á sus dependientes, pues segun el art. 301 de dicha ley, el registrador responde única y exclusivamente de las operaciones practicadas en los libros por aquéllos (Res. Dir. Gen. 16 Diciembre 1874).

El registrador se ha separado de la doctrina del art. 234 de la ley, al pretender extender en igual forma todas las inscripciones relativas á fincas situadas en un mismo término municipal; y segun ha declarado este Centro al fijar la inteligencia del expresado artículo y del 26 del Reglamento, las inscripciones referentes á fincas situadas en un mismo término municipal y comprendidas en el repetido artículo de la ley deben extenderse en la forma prevenida.

Esta doctrina es absoluta en cuanto á las circunstancias que deben tomarse del título ó documento comun, sin que por otra parte lo modifique en lo más mínimo el art. 416, que ninguna relacion tiene con la cuestion promovida en este expediente (Res. Dir. Gen. 19 Enero 1878).

Artículo 1999.—Si el título á que se refiere el artículo anterior fuere de constitucion de hipoteca, deberá expresarse, ademas de lo prescrito en dicho artículo, la parte de crédito de que responde cada una de las fincas ó derechos.

ORÍGENES

Art. 235, ley Hipotecaria.

Artículo 2000.—Si los bienes ó derechos contenidos en un mismo título estuvieren situados en dos ó más términos municipales, lo dispuesto en los dos anteriores artículos se aplicará á cada uno de dichos términos.

Si alguno ó algunos de éstos se hubieren dividido en secciones, segun lo dispuesto en el art. 1996 (232 de la ley), cada seccion se considerará como si fuera un término municipal.

ORÍGENES

Art. 236, ley Hipotecaria.

Artículo 2001.—El registrador autorizará con firma entera los asientos de presentacion del Diario las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones, y con media firma las notas.

ORÍGENES

Art. 237, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El registrador puede autorizar por sí las inscripciones y demas operaciones de registro que se refieran á bienes ó derechos en que sea parte ó tenga interes (Res. Dir. Gen. 2 Diciembre 1864 y 28 Abril 1866).

En las inscripciones concisas basta la media firma del registrador (Res. Dir. Gen. 30 Enero 1872).

Artículo 2002.—Los registradores llevarán ademas un libro llamado Diario, donde en el momento de presentarse cada título extenderán un breve asiento de su contenido.

ORÍGENES

Art. 238, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Al registrador sólo corresponde hacer la calificacion del documento despues de extendido el asiento de presentacion y dentro del término que señala el art. 16 del Reglamento, para el efecto de practicar, suspender ó negar la inscripcion del título presentado (Res. Dir. General 25 Noviembre 1876).

Artículo 2003.—Los asientos del Diario se numerarán correlativamente en el acto de ejecutarlos.

ORÍGENES

Art. 239, ley Hipotecaria.

Artículo 2004.—Los asientos de que trata el artículo anterior se extenderán por el órden en que se presenten los títulos, sin dejar claros ni huecos entre ellos, y expresarán:

Primero. El nombre, apellido y vecindad del que presente el título.

Segundo. La hora de su presentacion.

Tercero. La especie del título presentado, su fecha y autoridad ó notario que lo suscriba.

Cuarto. La especie de derecho que se constituya, trasmita, modifique ó extinga por el título que se pretenda inscribir.

Quinto. La naturaleza de la finca ó derecho real que sea objeto del título presentado, con expresion de situacion, su nombre y su número, si lo tuviere.

Sexto. El nombre y el apellido de la persona á cuyo favor se pretenda hacer la inscripcion.

Sétimo. La firma del registrador y de la persona que presente el título, ó de un testigo, si ésta no pudiera firmar.

ORÍGENES

Art. 240, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Para los efectos de presentar documentos en el Registro, pueden serlo todos los que reunan las circunstancias que el derecho comun exige para ser apoderado de otro en los negocios extrajudiciales, pudiendo serlo tambien las mujeres en los casos que las leyes les permiten desempeñar el mandato (Res. Dir. Gen. 1.º Abril 1863).

Los mayores de diez y siete años pueden servir de mandatarios para presentar documentos en el Registro, porque no se trata de gestiones judiciales, sinó de un acto extrajudicial para el cual tienen aptitud con arreglo á las leyes vigentes (Res. Dir. Gen. 20 Setiembre 1865).

Artículo 2005.—Cuando el registrador extienda en el libro correspondiente la inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion á que se refiera el asiento de presentacion, lo expresará así al márgen de dicho asiento, indicando el tomo y folio en que aquélla se hallare, así como el número que tuviere la finca en el Registro, y el que se haya dado á la misma inscripcion solicitada.

ORÍGENES

Art. 241, ley Hipotecaria.

Artículo 2006.—Todos los dias no feriados, á la hora previamente señalada para cerrar el Registro, en la forma que determinen los Reglamentos, se cerrará el Diario por medio de una diligencia que extenderá y firmará el registrador inmediatamente despues del último asiento que hubiere hecho. En ella se hará mencion del número de asientos que se hayan extendido en el dia, ó de la circunstancia, en su caso, de no haberse verificado ninguno.

Si llegare la hora de cerrar el Registro ántes de concluir un asiento, se continuará éste hasta su conclusion, pero sin admitir, entre tanto, ningun otro título, y expresando aquella circunstancia en la diligencia de cierre.

ORÍGENES

Art. 242, ley Hipotecaria.

Artículo 2007.—Los asientos de presentacion hechos fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro, serán nulos.

ORÍGENES

Art. 243, ley Hipotecaria.

Artículo 2008.—Al pié de todo título que se inscriba en el Registro de la propiedad, pondrá el registrador una nota, firmada por él, que exprese la especie de inscripcion que se haya hecho, el tomo y fólio en que se halle, el número de la finca y el de la inscripcion ejecutada.

ORÍGENES

Art. 244, ley Hipotecaria.

Artículo 2009.—Ninguna inscripcion se hará en el Registro de la propiedad, sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos ó que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto ó contrato que se pretenda inscribir.

ORÍGENES

Art. 245, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La inscripcion de herencia hecha por el albacea ántes de la aceptacion de ella para el efecto de proceder á la enajenacion de los bienes raíces de la misma, no lleva consigo necesariamente el pago de ningun impuesto miéntras no hayan trascurrido los plazos señalados por la legislacion fiscal para la presentacion de los documentos referentes á herencias y legados, y sólo los devenga pasados estos plazos, no por consecuencia de la inscripcion, sinó porque el Estado, segun lo ha declarado la Direccion general de Contribuciones en 26 de Marzo de 1870, obliga al heredero á manifestar su voluntad dentro de cierto término, pasado el cual sin repudiarla presume la aceptacion (Res. Direccion Gen. 7 Enero 1875).

Artículo 2010.—No obstante lo prevenido en el artículo anterior, podrá extenderse el

asiento de presentacion ántes de que se verifique el pago del impuesto; mas en tal caso se suspenderá la inscripcion y se devolverá el título al que lo haya presentado, á fin de que en su vista se liquide y satisfaga dicho impuesto.

Pagado éste, volverá el interesado á presentar el título en el Registro y se extenderá la inscripcion, cuyos efectos se retrotraerán á la fecha del asiento de presentacion, si se hubiere devuelto el título en los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento.

Si se devolviere el título despues de los referidos treinta días, deberá extenderse nuevo asiento de presentacion, y los efectos de la inscripcion que se retrotraerán á la fecha del nuevo asiento. En el caso de que no se hubiere pagado el impuesto porque la oficina ó funcionario encargado de liquidarlo ó recaudarlo hubiere consultado á sus superiores alguna duda sobre dichos particulares, se suspenderá el término de los treinta días desde que ocurra la consulta hasta que se resuelva definitivamente, lo que hará constar por nota marginal en el asiento de presentacion, en vista del documento que deberá presentar el interesado al registrador, siempre que á este funcionario no le conste la certeza del hecho.

ORÍGENES

Art. 246, ley Hipotecaria.

Artículo 2011.—La liquidacion del impuesto que deba pagarse en cada caso se hará por la oficina ó funcionario que proceda, en la forma que determinen los Reglamentos.

ORÍGENES

Art. 247, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Siendo diferentes las funciones que desempeñan los registradores de la propiedad y los liquidadores recaudadores del impuesto, es evidente que áun cuando cargos de tan opuesta índole se hallan reunidos en un mismo funcionario, los actos del liquidador no pueden embarazar ni coartar en lo más mínimo las atribuciones del registrador al admitir ó negar la inscripcion del mismo documento; con tanto más motivo, cuanto que en el presente caso no se trataba de anular el derecho adquirido por los recurrentes y por el que satisficieron el impuesto (Res. Dir. Gen. 30 Diciembre 1874).

Artículo 2012.—Las cartas de pago de los impuestos satisfechos por actos ó contratos sujetos á inscripcion, se extenderán por duplicado y se entregarán ambos ejemplares á la persona que los satisfaga.

Uno de estos ejemplares se presentará y quedará archivado en el Registro.

El registrador que no conservare dicho ejemplar, será responsable directamente de los derechos que hayan dejado de satisfacerse á la Hacienda.

ORÍGENES

Art. 248, ley Hipotecaria.

Artículo 2013.—Para que en virtud de providencia judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez ó el Tribunal por duplicado el mandamiento correspondiente.

El registrador devolverá uno de los ejemplares al mismo Juez ó Tribunal que lo haya dirigido, ó al interesado que lo haya presentado, con nota firmada por él, en que exprese quedar cumplido; y conservará el otro en su oficio, extendiendo en él una nota rubricada, igual á la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto. Estos documentos se archivarán enlegajados, numerándolos por el órden de su presentacion.

ORÍGENES

Art. 249, ley Hipotecaria.

Artículo 2014.—Cuando se presente un título á fin de que se cancele total ó parcialmente alguna hipoteca, deberá presentarse tambien la escritura de su constitucion en que conste haber sido inscrita, y se pondrá

una nota que exprese la cancelacion, sin perjuicio de la que tambien deba ponerse en aquel título.

Si no se presentase la referida escritura de constitucion de la hipoteca, se acompañará al título copia en papel comun, sin necesidad de que contenga firma alguna, debiendo el registrador cotejar en aquel acto dicha copia con el original y extender y firmar la nota de conformidad, si resultare, cuya nota firmará asimismo el interesado ó quien en su representacion haya presentado la copia, y si no supiere, el testigo que firmó el asiento de presentacion.

ORÍGENES

Art. 250, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 250 de la ley Hipotecaria, para obtener la cancelacion de una inscripcion de hipoteca deberá acompañarse al título copia del mismo en papel comun, sin necesidad de firma, debiendo el registrador cotejarla y firmar el acta de conformidad, debiendo hacerlo el interesado ó quien en su nombre haya presentado la copia.

Aunque en este precepto no se indica el objeto y fin de la copia en el papel comun que se ha de acompañar al título de cancelacion, no puede ser otro que el de quedar archivada la copia en el Registro, devolviéndose el documento original al que lo haya presentado, no sólo porque ésta era la doctrina vigente al publicarse la referida ley, de conformidad con la Real órden de 12 de Diciembre de 1864, que así lo dispuso, aceptando como complemento y aclaracion del art. 250 de la ley de 8 de Febrero de 1861 lo consignado por la Comision de Códigos en el art. 7.º del proyecto de la ley adicional de 11 de Abril de 1864, sinó porque los artículos 72 y 90 del Reglamento vigente disponen que han de conservarse en el Registro para ser archivadas las copias de los títulos de cancelacion de créditos hipotecarios, y que se devuelvan los originales á los interesados.

El objeto de la expresada copia se deduce de la razon que tuvo el legislador para dictar la disposicion contenida en el expresado art. 250 de la ley, que fué, segun resulta de la exposicion de motivos que precede á dicho Proyecto de ley adicional, el que no se privase á los interesados de la posesion de un título importante, ni se les obligase á reemplazarlo con una segunda copia del mismo, evitando ademas los inconvenientes que nacerían en el caso de que el título de cancelacion lo fuese á la vez de adquisicion de un derecho inscribible, pues si por el primer concepto debia quedar archivado, por el segundo debería ser devuelto.

Contra esta recta y genuina interpretacion no puede prevalecer la que sostiene el registrador, fundado en lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 90 del Reglamento y en el modelo núm. 7 que le acompaña, por cuanto el primero se refiere á los asientos de cancelacion de toda clase de inscripciones y anotaciones que se verifiquen en virtud de mandamientos judiciales, documentos expedidos por las autoridades ó escrituras públicas, y sólo respecto de éstos se previene que se archive la copia en papel comun, y porque las fórmulas comprendidas en los modelos oficiales, en ningun caso pueden invocarse para alterar lo dispuesto en la ley ni en los Reglamentos, y mucho ménos en el presente caso, en que por inadvertencia se reprodujo literalmente el modelo núm. 7 que acompañaba al Reglamento de la primitiva ley Hipotecaria, y estaba redactado conforme á lo que en ella se disponia sobre la obligacion de archivar el documento original (Res. Dir. Gen. 30 Enero 1875).

Artículo 2015.—Los demas títulos que se presenten al Registro se devolverán á los interesados con la nota prevenida en el artículo 2008 (244 de la ley) despues de haber hecho de ellos el uso que corresponda.

ORÍGENES

Art. 251, ley Hipotecaria.

Artículo 2016.—Los interesados en una incripcion, anotacion preventiva ó cancelacion, podrán exigir que, ántes de hacerse en el libro el asiento principal de ella, se les dé conocimiento de la minuta del mismo asiento.

Si notaren en ella algun error ú omision importante, podrán pedir que se subsane, acudiendo al Presidente de la Audiencia, ó su delegado, en el caso de que el registrador se negare á hacerlo.

El Presidente de la Audiencia ó su delegado resolverá lo que proceda sin forma de juicio, y en el término de seis días.

ORÍGENES

Art. 252, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La oposicion que los recurrentes han hecho, en uso de la facultad que les concede el art. 252 de la ley, á la minuta de inscripcion de la escritura de cancelacion, es infundada en cuanto por ella se pretende la cancelacion de todas las hipotecas constituídas sobre los bienes del quebrado de una manera absoluta, ilimitada y sin restriccion de ningun género, puesto que al extenderla el registrador en los términos en que lo ha hecho, se ha limitado la calificacion respecto de los créditos pertenecientes á las personas que concurrieron á su otorgamiento (Resolucion Dir. Gen. 27 Febrero 1879).

Artículo 2017.—Siempre que se dé al interesado conocimiento de la minuta en la forma prevenida en el artículo anterior, y manifieste su conformidad, ó no manifestándola, decida el Presidente de la Audiencia la forma en que aquélla se deba extender, se hará mencion de una ú otra circunstancia en el asiento respectivo.

ORÍGENES

Art. 253, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO VI

DE LA RECTIFICACION DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO [1]

Artículo 2018.—Los registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos:

Primero. En los asientos principales de inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion, cuyos respectivos títulos se conserven en el Registro.

Segundo. En los asientos de presenta-

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

Rectificacion de los asientos del Registro.—Si imprudentemente se abriera la mano para facilitar las rectificaciones en los Registros, se daría lugar á falsificaciones y á abusos escandalosos. No debe, por otra parte, impedirse que los errores cometidos y que puedan ser perjudiciales á alguno de los interesados, se corrijan oportunamente, porque á la sombra de una equivocacion no es justo se creen ó se quiten derechos legítimos.

Los errores que puedan cometerse, ó han de ser materiales, ó de concepto Como esta simple enunciacion, por lo vaga é indeterminada, podría dar lugar á dudas, ha creído la Comision que debía fijar la significacion de las palabras, si no por definiciones poco propias de una ley, por regla general, con su descripcion, procurando la mayor exactitud en materia tan delicada.

Propone, pues, que se entienda por error material el que consiste en poner sin intencion conocida unas palabras por otras, en omitir la expresion de algunas circunstancias cuya falta no sea causa de nulidad, ó en equivocar los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar e sentido general de la inscripcion ni el de ninguno de sus conceptos. Al contrario, por error de concepto entiende el que se comete alterando ó variando el sentido del título al expresar en la inscripcion alguno de los puntos que contiene, pero sin que esta falta produzca necesariamente la nulidad, pues entónces la inscripcion no es rectificable, quedando á salvo, á quien la nulidad cause perjuicio, el derecho de reclamarla. No sabe la Comision si habrá llegado á formular estas declaraciones con la claridad que desea y apetece.

Respecto á los errores materiales, hizo la Comision diferencia entre aquellos que pueden ser rectificados en vista de los títulos que obran en los Registros ó de las inscripciones principales, y aquellos de que no existan allí estos medios de exámen, comparacion y comprobacion. En el primer caso, ha creido que sin inconvenientes dignos de tomarse en cuenta, podría dejarse á los registradores la facultad de hacer las rectificaciones; no así en el segundo, en que para la rectificacion le pareció necesaria la conformidad del interesado que tenga en su po-

cion, notas marginales é indicaciones de referencia, aunque los títulos no obren en las oficinas del Registro, siempre que la inscripcion principal respectiva baste para dar á conocer el error y sea posible rectificarlo por ella.

ORÍGENES

Art. 254, ley Hipotecaria.

Artículo 2019.—Los registradores no podrán rectificar, sin la conformidad del interesado que posea el título inscrito, ó sin una providencia judicial en su defecto, los errores materiales cometidos:

Primero. En inscripciones, anotaciones preventivas ó cancelaciones cuyos títulos no existan en el Registro.

Segundo. Los asientos de presentacion y notas, cuando dichos errores no puedan comprobarse por las inscripciones principales respectivas y no existan tampoco los títulos en la oficina del Registro.

ORÍGENES

Art. 255, ley Hipotecaria.

Artículo 2020.—Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones ó cancelaciones, ó en otros asientos referentes á ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, ó una providencia judicial que lo ordene.

Los mismos errores cometidos en asientos de presentacion y notas, cuando la inscripcion principal respectiva baste para darlos á conocer, podrá rectificarlos por sí el registrador.

ORÍGENES

Art. 256, ley Hipotecaria.

Artículo 2021.—El registrador ó cualquiera de los interesados en una inscripcion, po-

---

der el título inscrito, ó en su defecto una providencia judicial, dando de este modo en todo caso una garantía de que no ha de procederse con ligereza.

Con mayor circunspeccion se deberá proceder respecto á los errores de concepto, cuando éstos no aparezcan claramente de las mismas inscripciones, anotaciones, cancelaciones ó asientos: la Comision exige que la rectificacion no se pueda hacer sin consentimiento unánime de todos los interesados y del registrador, ó sin una providencia judicial, la cual siempre que haya oposicion, sea resultado de un juicio ordinario, con todas las fórmulas y solemnidades que esta clase de pleitos requiere para el acierto de los fallos. Mas cuando el error está sólo en los asientos de presentacion, en las notas marginales, en las indicaciones de referencia y en los asientos del Registro de las hipotecas por órden alfabético, y la inscripcion basta para hacerlos conocer, entónces se da facultad al registrador para que por sí los rectifique.

Se ve, pues, por lo que queda expuesto, que la Comision ha adoptado un órden gradual, atendida la diferencia de casos, para impedir que en los Registros se hagan variaciones que no estén motivadas, y evitar, cuando esto suceda, perjuícios á los interesados.

Pero no se ha contentado la Comision con estas prescripciones, que por sí mismas parecen suficientes á alejar fraudes y peligros á tercero. Ha querido que nunca se vean en los Registros, con motivo de errores, bien materiales ó bien de concepto, enmiendas, tachas ni raspaduras: éstas hacen desmerecer los libros en que se hallan y les dan un carácter, aunque sea exterior, de poca autenticidad, desfavorable al crédito territorial, que es uno de los intereses que en primer término deben consultarse en las leyes hipotecarias. El error debe quedar siempre escrito para que en todo tiempo puedan conocerse y justificarse el motivo y la exactitud de la rectificacion. Así, cuando se trata de errores materiales, un asiento nuevo, en el cual se exprese y rectifique con claridad el error cometido, será el modo de corregirlos.

Los errores de concepto pueden reconocer dos causas diferentes: ó la equivocada inteligencia que den los registradores á alguna cláusula clara y precisa del título, ó la redaccion vaga, ambigua ó inexacta de éste. Cuando los errores son de esta última clase, sólo en virtud de un título nuevo podrá hacerse la inscripcion, debiendo ser todos los gastos que se ocasionen de cuenta de los interesados, que por su descuido, falta de prevision ó impericia, dieron lugar á ello.

Pero cuando el error dimane del registrador, la nueva inscripcion se hará teniendo á la vista el título ya inscrito, siendo de cargo del registrador los daños y perjuícios que su falta de inteligencia exclusivamente ocasionó. Sólo á la autoridad judicial corresponderá resolver las diferencias á que den lugar las rectificaciones: la Comision así lo consigna expresamente.

Pero de todos modos, las rectificaciones de concepto no pueden retrotraerse á la fecha de la inscripcion rectificada; por pequeña que sea la equivocacion, los interesados tienen en el Proyecto medios suficientes para evitar el error, reclamándolo oportunamente: el que ignorante de ella acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay una inscripcion ó anotacion que pueda perjudicar á la adquisicion de un derecho real, no debe experimentar daño por la omision del que no cuidó oportunamente de que la inscripcion fuera rectificada. Este es el único que debe sufrir las consecuencias de su conducta, como se declara en el Proyecto.

drá oponerse á la rectificacion que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que á su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título á que la inscripcion se refiera.

La cuestion que se suscite con este motivo, se decidirá en juicio ordinario.

ORÍGENES

Art. 257, ley Hipotecaria.

Artículo 2022.—Cuando los errores materiales ó de concepto produzcan la nulidad de la inscripcion, conforme al art. 1911 (30 de la ley), no habrá lugar á rectificacion y se pedirá y declarará por quien corresponda dicha nulidad.

ORÍGENES

Art. 258, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Cuando no se puede hacer constar en el Registro el nombre y apellido del sucesor inmediato á cuyo favor se inscribió la adjudicacion, miéntras no se cumpla con lo dispuesto en el artículo 258, es inoportuna y extemporánea la calificacion de los documentos presentados (Resolucion Dir. Gen. 21 Enero 1875).

Artículo 2023.—Se entenderá que se comete error material, para el efecto de los anteriores artículos, cuando sin intencion conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresion de alguna circunstancia cuya falta no sea causa de nulidad, ó se equivoquen los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por eso el sentido general de la inscripcion, ni el de ninguno de sus conceptos.

ORÍGENES

Art. 259, ley Hipotecaria.

Artículo 2024.—Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripcion alguno de los contenidos en el título, se altere ó varíe su sentido, sin que esta falta produzca necesariamente nulidad, conforme á lo prevenido en el art. 30.

ORÍGENES

Art. 260, ley Hipotecaria.

Artículo 2025.—Los errores materiales que se cometan en la redaccion de los asientos, no podrán salvarse con enmiendas, tachas, ni raspaduras, ni por otro medio que un asiento nuevo, en el cual se exprese y rectifique claramente el error cometido en el anterior.

ORÍGENES

Art. 261, ley Hipotecaria.

Artículo 2026.—Los errores de concepto se rectificarán por medio de una nueva inscripcion, la cual se hará, mediante la presentacion del mismo título ya inscrito, si el registrador reconociere su error ó el Juez ó el Tribunal lo declarare; y en virtud de un título nuevo, si el error fuere producido por la redaccion vaga, ambigua ó inexacta del título primitivo, y las partes convinieren en ello, ó lo declarare así una sentencia judicial.

ORÍGENES

Art. 262, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina del art. 262 de la ley Hipotecaria, los errores cometidos en las inscripciones y que fuesen reproducidos por la redaccion vaga, ambigua ó inexacta del documento inscrito, deberán rectificarse por medio de la presentacion de un nuevo título, extendiendo ademas una nueva inscripcion (Res. Dir. Gen. 18 Mayo 1877).

Artículo 2027.—Siempre que se haga la rectificacion en virtud del mismo título ántes presentado, serán todos los gastos y perjuicios que se originen, de cuenta del registrador.

En el caso de necesitarse un nuevo título, pagarán los interesados los gastos de la nueva inscripcion, y los demas que la rectificacion ocasione.

ORÍGENES

Art. 263, ley Hipotecaria.

Artículo 2028.—El concepto rectificado no surtirá efecto en ningun caso sinó desde la fecha de la rectificacion, sin perjuicio del derecho que puedan tener los terceros para reclamar contra la falsedad ó nulidad del título á que se refiera el asiento que contenía el error de concepto ó del mismo asiento.

ORÍGENES

Art. 264, ley Hipotecaria.

CAPITULO VII

DE LA DIRECCION É INSPECCION DE LOS REGISTROS (1)

Artículo 2029.—Los Registros dependerán exclusivamente del Ministerio de Gracia y Justicia.

ORÍGENES

Art. 265, ley Hipotecaria.

Artículo 2030.—Se restablecerá, bajo la dependencia inmediata del Ministro de Gracia y Justicia, la Direccion general del Registro de la Propiedad y del Notariado.

Las plazas de subdirector, oficiales y auxiliares de la citada Direccion general en las

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:
DE LA DIRECCION Ó INSPECCION DE LOS REGISTROS.—Al exponer las bases generales de la ley, queda consignada la de que los Registros dependan del Ministerio de Gracia y Justicia, y los motivos poderosos y decisivos que así lo aconsejan; punto que por otra parte está ya resuelto por el Gobierno. Pero allí sólo quedó consignado el principio general, cuyo desenvolvimiento exige otras medidas que, en concepto de la Comision, deben tener el carácter legislativo.

Estas medidas son las de establecer un sistema de direccion, de inspeccion y de vigilancia que, al mismo tiempo que sea una prenda de que la ley se cumplirá religiosamente, dé impulso y uniformidad á su ejecucion, impida que nazcan abusos ó malas prácticas, y castigue en su orígen las que comiencen á aparecer. Sin un sistema de direccion y vigilancia organizada del modo que propone la Comision ó de otro equivalente, la obra del legislador, falta de centro especial, que es una condicion necesaria para su buena ejecucion, abandonada á la interpretacion local, y por lo tanto á la diversidad de prácticas y abusos que de ella se derivan, aislada y mirada, no con la predileccion y cuidado que de suyo exige, sinó como un negocio subalterno, quedará imperfecta y no producirá los bienes que de la ley debe esperar el país, que con tanta ansia pide y desea la reforma hipotecaría. Estas consideraciones han movido á la Comision á proponer que bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Gracia y Justicia se establezca una *Direccion general del Registro de la propiedad*, fijando las atribuciones necesarias para que se llene cumplidamente el objeto de su creacion. Así se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la ley, que será el complemento necesario del precepto escrito por el legislador, y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas de que, aún más que la generacion actual, se aprovecharán las venideras.

Pero esta Direccion necesita ser secundada en sus esfuerzos por agentes entendidos y prácticos en los negocios. No ha pensado la Comision en el establecimiento de funcionarios especiales que inspeccionen y vigilen el cumplimiento de la ley y la ejecucion de los Reglamentos y disposiciones del Gobierno. Los graves inconvenientes á que esto daría lugar no necesitan encarecerse: la Comision por esto propone que los Regentes de las Audiencias sean los inspectores de los Registros de su territorio, y que ejerzan inmediatamente las facultades que en este concepto les corresponden, por medio de los jueces de primera instancia de los respectivos partidos, que para este objeto serán sus delegados, y que en los partidos en que haya más de un juez de primera instancia, ejerza la delegacion el que designe el Regente. Así se enlazan tambien los Registros estrechamente con los funcionarios del órden judicial, que son los que tienen más ocasion y más medios de conocer los defectos y la conducta de los registradores.

La inspeccion deberá ejercerse por medio de visitas ordinarias y extraordinarias, para las cuales se autoriza á los Regentes á delegar sus facultades en un magistrado de la Audiencia; por comunicaciones y estados periódicos que deben dirigírseles, y por la jurisdiccion disciplinal que se les confiere y que

vacantes que ocurran, se proveerán necesariamente por ascenso riguroso, y la última de los auxiliares previa oposicion.

Los expresados subdirector, oficiales y auxiliares no podrán ser gubernativamente separados sinó por justa causa relativa al cumplimiento de los deberes de su destino, en virtud de expediente instruído por el Director, y previa consulta de la Seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado, debiendo ser oído el interesado, á fin de que por escrito dé explicaciones acerca del hecho que motive el expediente.

En el caso de suprimirse alguna ó algunas de las plazas expresadas en el párrafo anterior, los que las desempeñen disfrutarán los mismos derechos concedidos á los profesores en el art. 178 de la ley de 9 de Setiembre de 1857.

ORÍGENES

Art. 266, ley Hipotecaria.

Artículo 2031.—Corresponde á la Direccion general del Registro de la Propiedad:

Primero. Proponer al Ministerio de Gracia y Justicia, ó adoptar por sí en los casos que determinen los Reglamentos, las disposiciones necesarias para asegurar en los Registros de la propiedad la observancia de esta ley y de los reglamentos que se dicten para su ejecucion.

Segundo. Instruir los expedientes que se formen para la provision de los Registros vacantes, y para celebrarse las oposiciones, en los casos en que fueren necesarias, como tambien los que tengan por objeto la separacion de los empleados en la Direccion general ó de los registradores, proponiendo la resolucion definitiva que en cada caso proceda con arreglo á las leyes.

Tercero. Resolver los recursos gubernativos que se propongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los registradores, y las dudas que se ofrezcan á dichos funcionarios acerca de la inteligencia y ejecucion de esta ley, ó de los Reglamentos, en cuanto no exijan disposiciones de carácter general, que deban adoptarse por el Ministro de Gracia y Justicia.

Cuarto. Formar y publicar los estados del movimiento de la propiedad, con arreglo á los datos que suministren los registradores.

Quinto. Ejercer la alta inspeccion y vigilancia en todos los Registros del Reino, entendiéndose para ello con los Presidentes de las Audiencias y áun con los Presidentes de los tribunales de partido ó con los Jueces municipales delegados para la inspeccion de los Registros y con los mismos registradores, cuando lo crea conveniente al mejor servicio.

Las demas atribuciones de la Direccion, su organizacion y planta, se fijarán por el Reglamento.

ORÍGENES

Art. 267, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Los artículos 273, 322 y 345 de la ley atribuyen á la Direccion general una jurisdiccion disciplinaria sobre los registradores, limitada á inspeccionar los Registros de la propiedad y corregir las infracciones de la ley y de los Reglamentos para su ejecucion, cuya jurisdiccion, así como la responsabilidad que dentro de ella pueda exigirse á los registradores, es por su carácter esencialmente administrativa, y bajo este supuesto corresponde á este Centro directivo conocer y corregir las faltas denunciadas en este expediente y apreciar la calificacion que de ellas ha hecho el Presidente de la Audiencia. La ley

comprende hasta la atribucion de suspender á los registradores, nombrando al que, miéntras resuelva el Gobierno, haya de suplirlos.

A su vez los registradores pueden consultar con el Regente ó con el juez delegado las dudas que se ofrezcan sobre la inteligencia y ejecucion de la ley y de sus reglamentos; los delegados con los Regentes, y éstos con el Gobierno, quedando así establecido un sistema completo de dependencia y de unidad en esta parte interesante de la Administracion pública.

Mas como no es justo que miéntras no se resuelven las dudas puedan causar perjuicio á los derechos de los que llevan sus títulos para la inscripcion, anotacion ó cancelacion, ni que causen mayores gastos á los interesados, se adoptan en el Proyecto medidas conducentes para evitarlos.

impone á los registradores, ademas de la responsabilidad enunciada, otra de naturaleza civil por los daños y perjuicios que ocasionen á los interesados con sus actos, entre los cuales señala el núm. 2.º del art. 313 los que proceden de error ó inexactitud cometido en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas y notas marginales; y como no establece diferencia alguna entre las diversas circunstancias de un asiento sobre que puede recaer el error ó inexactitud, es evidente que se hallan comprendidos en este artículo cualquier error ó inexactitud que perjudique á tercero y por consiguiente lo que consiste en devengar y percibir honorarios indebidos.

La diferencia entre las dos responsabilidades (aparte la criminal) y la distinta forma de hacerse efectivas, segun la ley, es lo que constituye la línea divisoria de las atribuciones de la Administracion y de los Tribunales de justicia; pues miéntras la primera puede promoverla cualquier persona verbalmente ó por escrito, y se declara sin forma de juicio, la segunda, por el contrario, debe exigirla el mismo interesado dentro del término legal, por medio de la correspondiente demanda, que se presenta y sustancia ante el Tribunal competente.

Siendo distintas é independientes ambas responsabilidades, sin que el ejercicio de una sea obstáculo para hacer efectiva la otra, debe conocer la Direccion general en este caso de la reclamacion en cuanto se refiere á infracciones de la ley Hipotecaria y de los Reglamentos, al sólo efecto de imponer la correccion disciplinaria que corresponda, dejando íntegros los demas extremos á la resolucion de los Tribunales (Res. Dir. Gen. 23 Setiembre 1874).

Artículo 2032.—Los Presidentes de las Audiencias serán inspectores de los Registros de su territorio, y ejercerán inmediatamente las facultades que en tal concepto les corresponden por medio de los Presidentes de los Tribunales de los partidos respectivos, ó en su defecto, de los Jueces municipales, quienes serán para este efecto sus delegados.

En los pueblos donde haya más de un Tribunal de partido, ejercerá la delegacion el Presidente que el de la Audiencia designe.

Si en el pueblo del Registro no hubiera Tribunal de partido, el Presidente de la Audiencia podrá conferir la delegacion al Juez municipal del mismo ó á otro de alguno de los pueblos inmediatos, si lo considera conveniente.

ORÍGENES

Art. 268, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La ley no autoriza á los Presidentes de Audiencia para extender la eleccion en cuanto infiere á la inspeccion del Registro á Jueces de Tribunales de partidos distintos del en que esté situado el Registro que se trate de visitar; de suerte que si el juez del partido no puede hacer la visita, procede, con arreglo al art. 270, que se nombre un magistrado de la Audiencia (Resolucion Dir. Gen. 16 Agosto 1875).

Artículo 2033.—Los Presidentes de Audiencias ó sus delegados visitarán los Registros el día último de cada trimestre, extendiendo acta expresiva del estado en que los encuentren.

ORÍGENES

Art. 269, ley Hipotecaria.

Artículo 2034.—Los Presidentes de Audiencia podrán practicar por sí ó por medio de sus delegados, ademas de la visita ordinaria trimestral, las extraordinarias que juzguen convenientes, bien generales á todo el Registro, bien parciales á determinados libros del mismo.

Para las visitas extraordinarias podrá delegar el presidente de la Audiencia sus facultades, si lo creyere necesario, en magistrado de la Audiencia ó en un presidente de Tribunal de partido cuando el delegado ordinario sea un Juez municipal.

El Director podrá practicar por sí, ó por medio del Subdirector ó alguno de los oficiales ó auxiliares, las visitas extraordinarias de los Registros que estime oportunas.

ORÍGENES

Art. 270, ley Hipotecaria.

Artículo 2035.—Los delegados remitirán á los Presidentes de Audiencia las actas expresadas en el art. 2033 (269 de la ley), dentro de los tres días siguientes al en que termine la visita.

ORÍGENES

Art. 271, ley Hipotecaria.

Artículo 2036.—Los Presidentes de Audiencia darán cada seis meses al Ministerio de Gracia y Justicia un parte circunstanciado del estado en que se hallaren los Registros sujetos á su inspeccion y autoridad.

ORÍGENES

Art. 272, ley Hipotecaria.

Artículo 2037.—Si los Presidentes de Audiencia notaren alguna falta de formalidad por parte de los registradores en el modo de llevar los Registros, ó cualquiera infraccion de la ley ó de los Reglamentos para su ejecucion, adoptarán las disposiciones necesarias para corregirlas, y en su caso, penarlas con arreglo á la misma ley.

Si la falta ó infraccion notada pudiere ser calificada de delito, pondrán al culpable á disposicion de los Tribunales.

ORÍGENES

Art. 273, ley Hipotecaria.

Artículo 2038.—Si el Presidente de la Audiencia notare que algun registrador no hubiere prestado fianza, ó no hubiere depositado la cuarta parte de sus honorarios, conforme á lo dispuesto en el art. 2069 (305 de la ley) lo suspenderá en el acto.

ORÍGENES

Art. 274, ley Hipotecaria.

Artículo 2039.—Siempre que el Presidente de la Audiencia suspenda á algun registrador, nombrará otro que le reemplace interinamente, y dará cuenta justificada de los motivos que para ello hubiere tenido al Ministro de Gracia y Justicia.

ORÍGENES

Art. 275, ley Hipotecaria.

Artículo 2040.—Los registradores consultarán directamente con el Presidente de la Audiencia, ó con el del tribunal del partido, cualquiera duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecucion de esta ley ó de los reglamentos que se dicten para aplicarla.

Si consultado el Presidente del Tribunal del partido, dudare sobre la resolucion que se debe adoptar, elevará la consulta, con su informe, al Presidente de la Audiencia.

Si consultado el Presidente de la Audiencia por el del Tribunal del partido ó por el registrador, tuviere la misma duda, elevará la consulta al Gobierno.

ORÍGENES

Art. 276, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

No es lícito á los registradores consultar las dudas que tengan al hacer las calificaciones, pues subordinado en este caso su resolucion á la dictada por sus superiores, no podria exigírseles la responsabilidad á que la ley les sujeta, con lo cual se infringiría lo dispuesto en el artículo 18 y lo prevenido en el 221 del Reglamento general.

El art. 276 de la ley sólo autoriza á los registradores para consultar las dudas relativas á la inteligencia y aplicacion de la misma ley y de los Reglamentos dictados para su ejecucion, y no concede esa facultad respecto de las demas leyes y disposiciones vigentes; por cuya razon, las dudas que recaigan sobre estas últimas deben resolverlas por sí mismos los registradores.

Pudiendo los interesados recurrir gubernativamente ante los jueces de primera instancia y los Presidentes de las Audiencias, contra las calificaciones hechas por los registradores de los documentos presentados á inscripcion, no deben aquellas autoridades decidir, sin audiencia de los primeros, cuestiones que pueden ser ob-

jeto despues de los indicados recursos (Resolucion Dir. Gen. 17 Setiembre 1874).

Segun repetidamente ha declarado este Centro, los registradores deben calificar por sí, y bajo su responsabilidad, no sólo las formas extrínsecas de los documentos, sinó la capacidad de los otorgantes, bajo cuya palabra se comprende el derecho para disponer de la cosa que es objeto del acto contrato, sin que sea lícito á esta clase de funcionarios consultar las dudas que se les ofrezcan al hacer la calificacion de dicha capacidad.

Tambien ha declarado este Centro que la facultad exclusiva que tienen los registradores de consultar, es única y exclusivamente sobre la inteligencia y aplicacion de la ley Hipotecaria y sus Reglamentos, sin que los superiores jerárquicos en el órden administrativo tengan competencia para resolver toda clase de dudas en la forma y previos los trámites que señalan los artículos 18, 19, 65 y 276 de la ley Hipotecaria, y 221 y 222 del Reglamento (Res. Direccion Gen. 27 Noviembre 1877).

Segun el espíritu y la letra de la ley Hipotecaria, en sus artículos 276 y 277, las resoluciones que recaigan á las consultas formuladas por los registradores, deben limitarse al caso particular, objeto de la consulta, sin que puedan tener el carácter de reglas ó disposiciones generales, que sólo pueden adoptarse por el Ministerio de Gracia y Justicia, conforme á lo expresamente prevenido en el núm. 3.°, art. 267 de la ley (Res. Dir. Gen. 24 Junio 1874).

Segun ha declarado este Centro, de acuerdo con el precepto del art. 221 del Reglamento de la ley Hipotecaria, los registradores no deben consultar las dudas relativas á la calificacion de la legalidad de los documentos, así como á los efectos legales que los mismos puedan producir en el Registro, debiendo los Registradores resolver estas dudas por sí mismos y bajo su responsabilidad (Res. Dir. Gén. 22 Marzo 1879).

Artículo 2041.—Siempre que la duda que dé lugar á la consulta del registrador impida extender algun asiento principal en el Registro de la propiedad, se hará una anotacion preventiva, la cual surtirá todos los efectos de lo prevenido en el párrafo octavo del artículo 1923 (42 de la ley).

La resolucion á la consulta, en tal caso, se comunicará precisamente al registrador en el término de los sesenta días señalados para la duracion de dichas anotaciones en el art. 1977 (96 de la ley).

Si no se comunicare dicha resolucion en el término expresado, continuará produciendo su efecto la anotacion.

ORÍGENES

Art. 277, ley Hipotecaria.

Artículo 2042.—Por la anotacion preventiva de que trata el artículo anterior, no se llevará al interesado derecho alguno.

ORÍGENES

Art. 278, ley Hipotecaria.

CAPITULO VIII

DE LA PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS [1]

Artículo 2043.—Los Registros serán públicos para los que tengan interes conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos.

---

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS.—La publicidad de los Registros, cuya inteligencia y extension quedan manifestadas al principio de esta exposicion, es una de las bases fundamentales de la ley. A su desenvolvimiento ha destinado la Comision un título del Proyecto.

La publicidad puede darse, ó por medio de la exhibicion de los Registros en la parte necesaria á las personas que tengan interes en consultarlos, ó por

ORÍGENES

Art. 279, ley Hipotecaria.

Artículo 2044.—Los registradores pondrán de manifiesto los registros en la parte necesaria á las personas que, á su juicio, tengan interes en consultarlos, sin sacar los libros del oficio, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservacion.

ORÍGENES

Art. 280, ley Hipotecaria.

Artículo 2045.—Los registradores expedirán certificaciones:

Primero. De los asientos de todas clases que existan en el Registro, relativos á bienes que los interesados señalen.

Segundo. De asientos determinados que los mismos interesados designen, bien fijando los que sean, ó bien refiriéndose á los que existan de una ó más especies sobre ciertos bienes.

Tercero. De las inscripciones hipotecarias y cancelaciones de la misma especie, hechas á cargo ó en provecho de personas señaladas.

Cuarto. De no existir asientos de ninguna especie, ó de especie determinada, sobre bienes señalados ó á cargo de ciertas personas.

ORÍGENES

Art. 281, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El auto en que se acuerda expedir mandamiento para que un registrador de la propiedad certifique en los gravámenes resultantes sobre ciertas fincas y en favor de determinada persona, ni es definitivo de un juício, ni decide un artículo del mismo que haga imposible su continuacion (Sent. 30 Enero 1878).

Artículo 2046.—Las certificaciones expresadas en el artículo anterior podrán referirse, bien á un período fijo y señalado, ó bien á todo el trascurrido desde la primitiva instalacion del Registro respectivo.

ORÍGENES

Art. 282, ley Hipotecaria.

Artículo 2047.—La libertad ó gravámen de los bienes inmuebles ó derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuício de tercero por la certificacion de que trata el artículo precedente.

ORÍGENES

Art. 283, ley Hipotecaria.

Artículo 2048.—Cuando las certificaciones de que trata el art. 2045 (281 de la ley) no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará á lo que de éstos resulte, salva la accion del perjudicado por ellas, para exigir la indemnizacion correspondiente del registrador que haya cometido la falta.

ORÍGENES

Art. 284, ley Hipotecaria.

Artículo 2049.—Los registradores no expedirán las certificaciones de que tratan los anteriores artículos, sinó á instancia por escrito del que, á su juício, tenga interes conocido en averiguar el estado del inmueble ó derecho real de que se trate, ó en virtud de mandamiento judicial.

---

certificacion de los registradores, únicos documentos con que pueden acreditarse en perjuício de tercero, la libertad ó gravámen de los bienes inmuebles ó de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que á los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes.

Los que pueden certificar los registradores, el modo de pedir y obtener las certificaciones, la forma de expedirlas, el término dentro del cual deben darse, los asientos á que sólo pueden referirse, y las autoridades á que se ha de acudir por los interesados contra las injustas denegaciones de los registradores, todo se prefija con la posible concision, pero sin sacrificar la claridad. No necesitan explicarse los motivos de las disposiciones de este título: las que podrían exigirlo están intimamente enlazadas, y áun puede decirse que dependen de otras prescripciones del Proyecto, y por lo tanto quedan ya consignados sus motivos en esta exposicion.

ORÍGENES

Art. 285, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun el texto claro y terminante del art. 285 de la ley Hipotecaria, los registradores están autorizados para apreciar el interes que puedan tener los particulares ó corporaciones que acudan solicitando certificaciones con referencia á los libros del Registro; pero ni tienen esta facultad ni puede reconocérseles con respecto á las certificaciones que reclamen los Jueces ó Tribunales en virtud del oportuno mandamiento.

El Real decreto de 3 de Enero último sólo se refiere á la calificacion de los documentos expedidos por la autoridad judicial y presentados en el Registro con el objeto de que se practique algun asiento en los libros, sin que hayan introducido modificacion alguna en la doctrina de la ley Hipotecaria y su Reglamento, relativa á las expendiciones de certificaciones que reclamen los Jueces ó Tribunales (Res. Dir. Gen. 20 Abril 1876).

Artículo 2050.—Cuando el registrador se negare á manifestar el registro ó á dar certificacion de lo que en él conste, podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al Presidente de la Audiencia, si residiere en el mismo lugar, ó al delegado para la inspeccion del Registro.

El Presidente de la Audiencia ó el delegado, decidirá oyendo al registrador. Si la decision fuese del delegado, podrá recurrirse al Presidente de la Audiencia en queja.

ORÍGENES

Art. 286, ley Hipotecaria.

Artículo 2051.—Las solicitudes de los interesados y los mandamientos de los Jueces ó Tribunales en cuya virtud deban certificar los registradores, expresarán con toda claridad:

Primero. La especie de certificacion que con arreglo al art. 2045 (281 de la ley) se exija, y si ha de ser literal ó en relacion.

Segundo. Las noticias que, segun la especie de dicha certificacion, basten para dar á conocer al registrador los bienes ó personas de que se trate.

Tercero. El período á que la certificacion deba contraerse.

ORÍGENES

Art. 287, ley Hipotecaria.

Artículo 2052.—Las certificaciones se darán de los asientos del Registro de la propiedad.

Tambien se darán de los asientos del Diario, cuando al tiempo de expedirlas existiere alguno pendiente de inscripcion en dichos Registros, que debiera comprenderse en la certificacion pedida, y cuando se trate de acreditar la libertad de alguna finca, ó la no existencia de algun derecho.

ORÍGENES

Art. 288, ley Hipotecaria.

Artículo 2053.—Los registradores no certificarán de los asientos del Diario, sinó cuando el Juez ó el Tribunal lo mande, ó los interesados lo pidan expresamente.

ORÍGENES

Art. 289, ley Hipotecaria.

Artículo 2054.—Las certificaciones se expedirán literales ó en relacion, segun se mandaren dar ó se pidieren.

Las certificaciones literales comprenderán íntegramente los asientos á que se refieran.

Las certificaciones en relacion expresarán todas las circunstancias que los mismos asientos contuvieren, necesarias para su validez, segun el art. 1911 (30 de la léy); las cargas que á la sazon pesen sobre el inmueble ó derecho inscrito, segun la inscripcion relacionada, y cualquier otro punto que el interesado señale, ó juzgue importante el registrador.

ORÍGENES

Art. 290, ley Hipotecaria.

Artículo 2055.—Los registradores, previo exámen de los libros, extenderán las certificaciones con relacion únicamente á los bienes, personas y períodos designados en la solicitud ó mandamiento, sin referir en ellos más asientos ni circunstancias que los exigidos, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2052 (288 de la ley) y en el 2056 (292 de la ley); pero sin omitir tampoco ninguno que pueda considerarse comprendido en los términos de dicho mandamiento ó solicitud.

ORÍGENES

Art. 291, ley Hipotecaria.

Artículo 2056.—Cuando se pidiere ó mandare dar certificacion de una inscripcion señalada, bien literal, ó bien en relacion, y la que se señalare estuviere cancelada, el registrador insertará á continuacion de ella copia literal del asiento de cancelacion.

ORÍGENES

Art. 292, ley Hipotecaria.

Artículo 2057.—Cuando se pida certificacion de los gravámenes que tenga sobre sí un inmueble, y no aparezca del Registro ninguno vigente, impuesto en la época ó por las personas designadas, lo expresará así el registrador.

Si resulta algun gravámen, lo insertará literal ó en relacion, conforme á lo prevenido en el art. 2054 (290 de la ley), expresándose á continuacion que no aparece ningun otro subsistente.

ORÍGENES

Art. 293, ley Hipotecaria.

Artículo 2058.—Cuando el registrador dudare si está subsistente una inscripcion, por dudar tambien de la validez ó eficacia de la cancelacion que á ella se refiera, insertará á la letra ambos asientos en la certificacion, cualquiera que sea la forma de ésta, expresando que lo hace así por haber dudado si dicha cancelacion tenía todas las circunstancias necesarias para producir sus efectos legales, y los motivos de la duda.

ORÍGENES

Art. 294, ley Hipotecaria.

Artículo 2059.—Los registradores expedirán las certificaciones que se les pidan, en el más breve término posible; pero sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente á cuatro días por cada finca cuyas inscripciones, libertad ó gravámenes se trate de acreditar.

ORÍGENES

Art. 295, ley Hipotecaria.

Artículo 2060.—Trascurrido el término prefijado en el artículo anterior, podrá acudir el interesado al Presidente de la Audiencia ó á su delegado, solicitando le admita justificacion de la demora, y procediendo conforme á lo prevenido en el art. 2050 (286 de la ley).

ORÍGENES

Art. 296, ley Hipotecaria.

CAPITULO IX

DEL NOMBRAMIENTO, CUALIDADES Y DEBERES DE LOS REGISTRADORES (1)

Artículo 2061.—Cada Registro estará á cargo de un registrador.

Los registradores tendrán el carácter de empleados públicos para todos los efectos legales.

Podrán ser jubilados con arreglo á la le-

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

NOMBRAMIENTO, CUALIDADES Y DEBERES DE LOS REGISTRADORES.—Como son tan extensos los deberes que el Proyecto impone á los registradores y tan grave la responsabilidad que hace pesar sobre ellos, natural es que exija que los que han de serlo reunan circunstancias que prometan el buen desempeño de su cargo, precaviendo así los males que no siempre se remedian fácilmente por completo cuando suceden, por más que la ley, en su prevision, con medidas preventivas y reparadoras procure la completa indemnizacion de los perjudicados.

Tres requisitos ha exigido la ley en los registradores, á saber: la mayor edad, que sean abogados y que hayan desempeñado funciones judiciales ó fiscales, ó ejercido la abogacía cuatro años por lo ménos.

Nada debe decir la Comision del primer requisito: no cree que habrá quien sostenga que el que en concepto de la ley necesita la direccion ajena en todos sus intereses, hasta los más pequeños, pueda tener á su cuidado, en tan grande escala y con tanta responsabilidad, los ajenos. Pero sí necesita fundar el cambio que hace en la legislacion hoy existente, al proponer que en adelante se confíe á letrados lo que hasta aquí ha correspondido á los escribanos.

Todos los que lean la ley con detencion, se convencerán de que necesita tener muchos conocimientos jurídicos el registrador, puesto que está llamado á resolver graves y complicadas cuestiones de derecho. No basta que tenga una instruccion práctica: es menester que ésta sea tambien científica: en materias técnicas y facultativas debe buscarse al que por su profesion tiene la obligacion de saber, y por presuncion de la ley sabe el tecnicismo y la facultad. No es esto disminuir el justo aprecio que merece la clase á cuyo cargo están hoy los Registros de hipotecas: complácese, por el contrario, la Comision en declarar que, especialmente en los últimos tiempos y desde que se abrieron las escuelas especiales de escribanos, ha ganado mucho esta clase de funcionarios, adquiriendo conocimientos científicos que no tenia la generalidad de sus individuos cuando la profesion estaba entregada al empirismo y á la práctica. Pero la instruccion del que sigue sólo los estudios de la carrera del Notariado dista mucho de ser tan completa como la del abogado: los estudios de unos y otros, si bien todos jurídicos, se diferencian considerablemente por su extension, por el carácter que tienen y por el fin á que se dirigen: lo que para unos es instruccion completa, para los otros no sería ni áun elemental. La Comision, pues, no podia dudar en exigir como condicion esencial en los registradores, que fueran abogados, como ya lo hizo ántes el Proyecto de Código civil.

Pero no se ha contentado con esto: ha tratado de evitar que los alumnos, cuando salen de las aulas, entren desde luégo en el cargo de registradores. Su instruccion teórica es sin duda suficiente, pero por regla general les faltan aún conocimientos prácticos, que sólo en las diferentes funciones del foro pueden adquirirse. Por esto propone el tercer requisito de los ántes mencionados.

Las incapacidades que se establecen en el Proyecto son las que inhabilitan para cargos que, como el de registrador, necesitan tener prestigio é inspirar á todos confianza.

La incompatibilidad del cargo de registrador con los de juez de paz, alcalde, notario y con todos los empleos dotados con fondos del Estado, de las provincias ó de los pueblos, tiene por objeto que no se distraigan de sus tareas, que han de ser diarias, á horas determinadas y de asistencia precisa. Respecto al cargo de notario, se agrega la importantísima circunstancia de entrar en las miras de la Comision que los Registros de la propiedad é hipotecas, y los protocolos, sean una comprobacion, una fiscalizacion recíproca, que no podría siempre esperarse si unos y otros archivos estuvieran encomendados á las mismas personas.

No podía la Comision adoptar un sistema análogo al actual para el nombramiento de registradores. Hoy lo es, por regla general, el escribano numerario más antiguo de la cabeza del partido. Atender sólo á la antigüedad es cerrar los ojos ante la idoneidad, que es lo principal que debe buscarse para el acierto. Por esto propone la Comision que los registradores sean de eleccion del Gobierno, lo que dará á su nombramiento prestigio é importancia. Con objeto de que la eleccion reuna más prendas de acierto, establece que se publiquen las vacantes en la *Gaceta de Madrid* y en los *Boletines Oficiales* de las provincias respectivas, para que puedan presentar sus solicitudes documentadas dentro de un término perentorio todos los que se crean con las cualidades necesarias para obtenerlas. Sólo el nombramiento de los registradores es del Gobierno; los auxiliares necesarios en cada Registro no tienen ni el carácter ni la consideracion de los empleados públicos, sinó la de meros dependientes de los registradores,

gislacion general que rija en la materia, y para la clasificacion se les abonará el tiempo que hubieren desempeñado el cargo de registrador, sirviéndoles, en su caso, de sueldo regulador, en defecto de otro mayor: al registrador de Madrid, el de los Jueces de primera instancia de Madrid; á los demas registradores de primera clase y á los de segunda clase, el de los Jueces de primera instancia de término; á los de tercera clase, el de los Jueces de primera instancia de ascenso; y á los de cuarta clase, el de los Jueces de primera instancia de entrada.

El registrador que cese en el desempeño de su cargo por reforma ó supresion del Registro y no sea inmediatamente colocado en otro de igual ó superior clase, será considerado excedente, y podrá clasificarse como cesante, abonándole para este efecto el tiempo que hubiere servido el Registro.

Si computado dicho tiempo tuviere derecho á haber ó cesantía con arreglo á la legislacion general de clases pasivas, disfrutará el que le corresponda segun sus años de servicio y el sueldo regulador que haya disfrutado, ó el expresado en el párrafo anterior.

Si destinado el registrador excedente á otro Registro de igual ó superior clase lo renunciare, perderá el abono que se le hubiere hecho del tiempo servido en esta carrera, dejando de percibir el haber ó aumen-

---

que los nombran en el número que los necesiten, los separan cuando quieren, y los dan la remuneracion que estiman. Para el Estado no hay ni más empleados ni más responsables que los registradores.

Sólo se ha exigido la aprobacion del Regente de la Audiencia en el nombramiento del sustituto que debe tener cada registrador para que la supla en ausencias y enfermedades. Este sustituto desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del registrador, y será removido siempre que éste lo solicite, porque de otro modo no se podria con justicia hacerle responsable por las faltas de una persona que habia ya desmerecido su confianza.

Impone tambien el Proyecto á los registradores la obligacion de prestar una fianza, cuyo importe se ha de fijar en la forma que prevengan los Reglamentos. Su objeto es cubrir las responsabilidades en que puedan incurrir por razon de sus cargos, con preferencia á cualesquiera otras obligaciones contraidas por ellos. Por lo mismo que los registradores pueden causar graves perjuicios á los particulares, debe el Estado, en justa proteccion de éstos, prevenir el modo de que pronta y seguramente sean reintegrados sin sujetarlos á las contingencias del estado de fortuna del registrador, á las dilaciones y molestias de un juicio ejecutivo, y á las inciertas vicisitudes de un concurso de acreedores. Esto mismo se ha votado respecto á los depositarios de la fe pública por uno de los Cuerpos Colegisladores en el proyecto de Ley del Notariado. No conviene señalar en la ley la cuota de las fianzas; esta medida es de suyo más variable que las demas que aquella contiene, y tal vez despues de fijada habrá que aumentarla ó reducirla, lo cual basta para dejar al Gobierno su señalamiento.

Puede ocurrir, sin embargo, que en algun partido no haya quien solicite ser registrador dando fianza; para este caso propone la Comision que el Gobierno pueda nombrar sin ese requisito, pero que entónces el nombrado deposite en la Caja general de Depósitos, en algun Banco autorizado por la ley ó en sus comisionados, la cuarta parte de honorarios que devengue, hasta completar la suma en que deba consistir la fianza.

Para mayor garantía de los perjudicados, se propone que el depósito ó la fianza no se devuelvan hasta despues de tres años (término que empezará á correr desde el día en que el registrador deje de ejercer su cargo, y no desde que cesó en un Registro para pasar á otro), y se establecen amplios medios de publicidad para que llegue á noticia de todos los que tengan acciones que deducir contra el registrador. En el caso de que éste sea trasladado de un Registro de mayor fianza á otro que la exija menor, no se le devolverá la diferencia sinó despues que queden satisfechas las responsabilidades en que pueda haber incurrido miéntras ha tenido á su cargo el primer Registro.

Si la condicion de los registradores fuera tan eventual é incierta como la de la mayor parte de los empleados de la Administracion, no apetecerían cargos que tanta responsabilidad, garantías y obligaciones llevan consigo, aquellos que conviene más que los obtengan. Esta consideracion, muy atendible siempre, toma mayor importancia cuando se trata de la seguridad de los derechos civiles: por esto la Comision propone que sólo puedan ser removidos los registradores, ó por sentencia judicial ó por el Gobierno, en virtud de expediente instruido por el Regente, con audiencia del interesado y previo informe del juez del partido, si se acredita alguna falta cometida en el ejercicio de sus funciones, ó que le haga desmerecer en el concepto público.

Entre las obligaciones generales de los registradores se les impone la de formar estados anuales duplicados y expresivos de los derechos inscritos, con destino á los Ministerios de Gracia y Justicia y de Hacienda, para los efectos que puedan convenir en sus dependencias. Estos datos podrán ser de muy conveniente uso para la reforma de las leyes, para conocer el estado de movimiento y condicion de la riqueza inmueble, la direccion de muchos capitales, y para tener datos estadísticos exactos, tan importantes en el órden administrativo y económico de los pueblos. Los registradores no gozarán sueldo del Estado; por el contrario, percibirán como hasta aquí, en pago de sus servicios, los honorarios de arancel, y con ello satisfarán los gastos necesarios para conservar y llevar los Registros. Justo es que esta carga gravite sobre los que más inmediatamente reciben el beneficio, y en proporcion al provecho que sacan.

to de haber pasivo que por consecuencia del mismo abono disfrutare.

Los registradores no pueden permutar sus destinos sinó con otros registradores de la misma clase ó de la inferior inmediata, y cuando para ello hubiere justa causa, á juício del Gobierno.

ORÍGENES

Art. 297, ley Hipotecaria.

Artículo 2062.—Para ser nombrado registrador se quiere:

Primero. Ser mayor de veinticinco años.

Segundo. Ser abogado.

ORÍGENES

Art. 298, ley Hipotecaria.

Artículo 2063.—No podrán ser nombrados registradores:

Primero. Los fallidos ó concursados que no hayan obtenido rehabilitacion.

Segundo. Los deudores al Estado ó á fondos públicos, como segundos contribuyentes ó por alcance de cuentas.

Tercero. Los procesados criminalmente, miéntras lo estuvieren.

Cuarto. Los condenados á penas aflictivas, miéntras no obtengan rehabilitacion.

ORÍGENES

Art. 299, ley Hipotecaria.

Artículo 2064.—El cargo de registrador será incompatible con el de Juez municipal, Alcalde, Notario y con cualquier empleo dotado de fondos del Estado, de las provincias ó de los pueblos.

En el caso de que, anunciada la vacante de un Registro, no hubiere aspirante alguno, el Gobierno podrá dispensar respecto de los que desempeñen dicho Registro, la incompatibilidad expresada en el párrafo anterior, excepto la relativa á Juez municipal y Notario, anunciándose nuevamente la vacante del Registro haciéndose expresion de dicha circunstancia.

ORÍGENES

Art. 300, ley Hipotecaria.

Artículo 2065.—En cada Registro habrá los oficiales y auxiliares que el registrador necesite, nombre y retribuya, los cuales desempeñarán los trabajos que el mismo les encomiende, pero bajo su única y exclusiva responsabilidad.

ORÍGENES

Art. 301, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun el art. 301 de la ley Hipotecaria, el registrador responde única y exclusivamente de las operaciones practicadas en los libros por sus auxiliares y dependientes (Res. Dir. Gen. 16 Diciembre 1874).

Artículo 2066.—El nombramiento de los registradores se hará por el Ministerio de Gracia y Justicia.

ORÍGENES

Art. 302, ley Hipotecaria.

Artículo 2067.—Las vacantes de registradores que ocurran desde la publicacion de esta ley se proveerán con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. De cada tres vacantes, en las dos primeras tendrán preferencia los registradores que las soliciten, y entre ellos los de mejor clase y mayor antigüedad en el cargo de registrador, cualquiera que sea la clase de los Registros que hubieren desempeñado.

Segunda. La tercera vacante se proveerá entre los registradores que la soliciten de superior, igual ó inmediata inferior clase que la del Registro que ha de proveerse, sin preferencia entre ellos, y atendiéndose únicamente al mejor desempeño del cargo de registrador y méritos especiales contraídos en dicho servicio.

Si no hubiere registradores aspirantes de las clases que se han expresado, podrá proveerse la vacante en los de las demas clases

sin preferencia entre ellos y atendiendo á la circunstancia determinada en el párrafo anterior.

Tercera. Las vacantes que ocurran porque los registradores obtengan otros Registros en virtud de lo establecido en las dos reglas anteriores, y las á que se refieren las mismas reglas, en que no haya aspirantes de la clase de registradores, se proveerán por oposicion en la forma que determinarán los Reglamentos, formando la terna el Tribunal que se nombre.

Cuarta. Los que en una oposicion hayan obtenido la nota de sobresaliente, tendrán derecho á que sin nueva oposicion se les nombre registradores por el órden de numeracion en que les haya colocado el Tribunal de oposicion, en las vacantes que ocurran y no deban ó no puedan proveerse en registradores.

ORÍGENES

Art. 303, ley Hipotecaria.

Artículo 2068.—Los que sean nombrados registradores, no podrán ser puestos en posesion de su cargo, sin que presten previamente una fianza, cuyo importe fijarán los Reglamentos.

ORÍGENES

Art. 304, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La escritura de constitucion de fianza debe presentarse con el título del nombramiento para su aprobacion y admision.

La fianza prestada para un Registro sirve para cualquier otro que tenga el interesado por todo el valor que se la hubiese dado al constituírse (Res. Dir. Gen. 19 Marzo 1878).

Artículo 2069.—Si el nombrado registrador no prestare la fianza prevenida en el artículo anterior, deberá depositar en algun Banco autorizado por la ley la cuarta parte de los honorarios que devengue, hasta completar la suma de la garantía.

ORÍGENES

Art. 305, ley Hipotecaria.

Artículo 2070.—El depósito, ó la fianza en su caso, de que trata el artículo anterior, no se devolverá al registrador hasta tres años despues de haber cesado en su cargo, durante cuyo tiempo se anunciará cada seis meses por el Presidente del Tribunal del partido dicha devolucion en el *Boletin* y periódicos oficiales de la provincia y en la *Gaceta de Madrid*, á fin de que llegue á noticia de todos aquellos que tengan alguna accion que deducir contra el mismo registrador.

ORÍGENES

Art. 306, ley Hipotecaria.

Artículo 2071.—La fianza de los registradores y el depósito en su caso, quedarán afectos, miéntras no se devuelvan, á las responsabilidades en que aquéllos incurran por razon de su cargo, con preferencia á cualesquiera otras obligaciones de los mismos registradores.

ORÍGENES

Art. 307, ley Hipotecaria.

Artículo 2072.—Los registradores no podrán ser removidos ni trasladados á otros Registros contra su voluntad, sinó por sentencia judicial ó por el Gobierno, en virtud de expediente instruído por el Presidente de la Audiencia, con audiencia del interesado é informe del Presidente del Tribunal de partido.

Para que la remocion ó traslacion puedan decretarse por el Gobierno se deberá acreditar en el expediente alguna falta cometida por el registrador en el ejercicio de su cargo, ó que le haga desmerecer en el concepto público, y será oída la Seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado.

ORÍGENES

Art. 308, ley Hipotecaria.

Artículo 2073.—Luégo que los registradores tomen posesion del cargo, propondrán al Presidente de la Audiencia el nombramiento de un sustituto que los reemplace en sus ausencias y enfermedades, pudiendo

elegir para ello, bien á alguno de los oficiales del mismo Registro ó bien á otra persona de su confianza.

Si el Presidente de la Audiencia se conformare con la propuesta, expedirá desde luégo el nombramiento al sustituto; si no se conformare por algun motivo grave, mandará al registrador que le proponga otra persona.

El sustituto desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del registrador, y será removido siempre que éste lo solicite.

ORÍGENES

Art. 309, ley Hipotecaria.

Artículo 2074.—Los registradores formarán en fin de cada año cuatro estados duplicados y expresivos.

El primero, de las enajenaciones de inmuebles hechas durante el año; sus precios líquidos, y derechos pagados por ellas á la Hacienda pública.

El segundo, de los derechos de usufructo, uso, habitacion, servidumbre, censos y otros cualesquiera reales, impuestos sobre los inmuebles con exclusion de las hipotecas, sus valores en capital y renta, y derechos pagados por ellos á la Hacienda pública.

El tercero, de las hipotecas constituídas, número de fincas hipotecadas, importe de los capitales asegurados por ellas, cancelaciones de hipotecas verificadas, número de fincas liberadas y de capitales reintegrados.

El cuarto, de los préstamos, no obstante comprenderlos en el estado anterior por su calidad de hipotecarios, su número, importe de los capitales prestados é interes estipulado.

El Reglamento determinará las demas circunstancias que deban expresar dichos estados, y la manera de redactarlos.

ORÍGENES

Art. 310, ley Hipotecaria.

Artículo 2075.—Los registradores remitirán ántes del día 1.° de Abril los estados expresados en el artículo anterior, á los Presidentes de las Audiencias, los cuales los dirigirán al Ministerio de Gracia y Justicia ántes de 1.° de Junio, con las observaciones que estimen convenientes.

El Ministro de Gracia y Justicia remitirá uno de dichos estados al de Hacienda, para su conocimiento.

ORÍGENES

Art. 311, ley Hipotecaria.

Artículo 2076.—Los registradores percibirán los honorarios que se establecen por esta ley, y costearán los gastos necesarios para conservar y llevar los Registros.

ORÍGENES

Art. 312, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO X

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS REGISTRADORES [1]

Artículo 2077.—Los registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo con sus demas bienes, de todos los daños y perjuícios que ocasionen:

Primero. Por no asentar en el Diario, no

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:
RESPONSABILIDAD DE LOS REGISTRADORES. — La responsabilidad civil de los registradores no se limita á la fianza ni al depósito, por más que una y otro queden afectos en primer lugar al resarcimiento de los perjuícios que indebidamente causen los

inscribir ó no anotar preventivamente en el término señalado en la ley, los títulos que se presenten al Registro.

Segundo. Por error ó inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas ó notas marginales.

Tercero. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripcion ó anotacion, ú

mismos registradores en el ejercicio de sus cargos. Se extiende ademas á todos los otros bienes que tengan los registradores, porque, con arreglo á los principios generales del derecho, están obligados á resarcir todos los daños y perjuícios que provengan de su omision, descuido ó negligencia, nunca disculpables en ellos. Las faltas que puedan dar lugar á esta responsabilidad están expresa y exclusivamente escritas en el Proyecto; no ha creído la Comision que debía dejar abierta la puerta al libre arbitrio judicial, como sucedería en el caso de que se hubiera limitado á hablar en general de ellas; estudiándolas todas, comprendiéndolas individualmente, ha fijado el derecho, y cortado malas interpretaciones. Pero para que proceda la responsabilidad es necesario que el defecto no nazca del mismo título inscrito, porque éste sólo puede ser imputable á los que en él intervinieron.

Consecuencia de lo que queda expuesto es que los perjudicados estén en el derecho de pedir directa é inmediatamente la responsabilidad civil de los registradores, sin que esto obste á la accion criminal que ellos mismos, ó el ministerio público en su caso, puedan promover. Así, el que pierde por causa de un registrador algun derecho real, tiene desde luégo derecho á pedir y obtener su importe, y al que pierde solamente el derecho de hipoteca se le da el de exigir, ó que el registrador constituya otra igual á la perdida, ó que deposite la cantidad asegurada para responder en su día de la obligacion.

Pero la falta del registrador, cualquiera que sea la causa de que dimane, se convierte casi siempre en beneficio de alguna persona que aparece libre de la obligacion inscrita. No sería justo que el así favorecido, áun suponiendo que sea sin fraude por su parte, quede beneficiado por un acto ajeno más ó ménos indiscreto, más ó ménos culpable. Por esto la Comision propone que sea responsable solidariamente con el registrador al pago de la indemnizacion, y que éste, si hubiere indemnizado ya, pueda repetir de aquél la cantidad pagada. De aquí resulta que si el perjudicado dirige su accion contra el favorecido por la falta del registrador, solamente pueda reclamar contra éste cuando no pudo obtener del demandado toda la indemnizacion reclamada. Estas reglas se fundan en los principios generales de que nadie debe lucrarse con el delito ó falta de otro, ni pedir á dos la misma cosa por la misma causa, ni obtener á título de perjuícios una indemnizacion doble por los que ha sufrido.

La forma de exigirse la responsabilidad por los perjudicados no podía ser gubernativa. La naturaleza de los derechos reclamados aconseja que se discutan en juício contradictorio y con pleno conocimiento de causa. Si derecho tiene el perjudicado á la indemnizacion, tambien lo tiene el registrador á no ser atropellado y á que no se establezca por la ley la presuncion de que siempre es suya la culpa. Así el Proyecto considera estos negocios como ordinarios, los deja al conocimiento de los juzgados del partido en que la falta se comete, y señala para los pueblos en que haya más de un juez de primera instancia, como competente, al más antiguo.

La responsabilidad civil de los registradores no es obstáculo á las facultades disciplinarias, que áun en los casos en que no resulte perjuício á tercero, ni haya un hecho criminal que dé lugar á formacion de causa, corresponden á los Regentes para corregir las infracciones de ley ó reglamentos cometidas por los registradores. No ha parecido conveniente dar estas facultades á los jueces de partido, aunque en el Proyecto tienen el carácter de autoridades delegadas, sinó á los Regentes de las Audiencias, de quienes es de creer que obrarán con circunspeccion y prudencia al usar de ellas, evitando así la desigualdad que puede haber entre los registradores que correspondan al territorio de una misma Audiencia. No es temer, por otra parte, que haya mucha diferencia entre los Regentes en el modo de considerar las faltas y en el de reprimirlas correccionalmente. La Comision, estableciendo una multa de 20 á 200 duros, ha dejado latitud suficiente para que, atendidas las circunstancias, tanto de la falta del registrador como de la importancia y condiciones del Registro, y de las ventajas que proporcione, pueda el Regente castigar con prudencia las faltas que no merezcan la calificacion de delitos.

Cuando se dicte una ejecutoria condenando á un registrador á la indemnizacion de daños y perjuícios, deben tomarse algunas precauciones para que el que primero se quejó no sea el único indemnizado, sinó que lo sean tambien proporcionalmente los demas que, en la seguridad de que la fianza constituída respondía en todo tiempo de los daños ocasionados por el registrador, no hayan aún deducido sus acciones. El derecho de todos es igual; son acreedores de una misma clase, y no hay razon alguna para establecer entre ellos prelaciones ni privilegios.

Si el registrador condenado á satisfacer la indemnizacion, lo hace sin necesidad de que se proceda contra la fianza, nada hay que decir, porque queda ésta garantizando como ántes á los demas perjudicados. Mas cuando hay que hacer efectiva la condena con la fianza, se ha procurado que sean atendidos los derechos de todos por igual, dando, con la publicidad de la sentencia en los periódicos oficiales, lugar á que cuantos se estimen perjudicados por actos del mismo registrador puedan deducir sus demandas respectivas dentro del término perentorio que se señala, sin que entre tanto se lleve á efecto la ejecutoria. No es esto faltar al respeto que se debe á la cosa juzgada: la sentencia queda siempre firme, y la obligacion de indemnizar irrevocable: lo que se trata es sólo de establecer el modo de concurrir á participar de la fianza los que tienen un derecho igual á ser reintegrados con ella de las pérdidas que han experimentado. Si nadie acude, entónces habrá lugar á la ejecucion del fallo; pero debe continuar en suspenso su cumplimiento si alguno reclama, hasta que sobre esta reclamacion recaiga ejecutoria, á no ser que conocidamente baste la fianza para cubrir el importe de todo lo reclamado y de lo sentenciado ántes.

No alcanzando la fianza á satisfacer á todos los perjudicados con arreglo á los fallos, se prorateará entre todos la cantidad de la fianza, quedando por el descubierto que reste derecho á los que obtuvieron sentencia favorable para ser indemnizados, en la parte que les falte, con los demas bienes del re-

omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente.

Cuarto. Por cancelar alguna inscripcion, anotacion preventiva ó nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta ley.

Quinto. Por error ú omision en las certificaciones de inscripcion ó de libertad de los inmuebles ó derechos reales, ó por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta ley.

ORÍGENES

Art. 313, ley Hipotecaría.

JURISPRUDENCIA

Las disposiciones de la ley 2.ª, tit. XVI, libro X de la Nov. Rec., demuestran claramente que los encargados de los Registros de hipotecas son responsables de los perjuícios que originasen con las fianzas que para el ejercicio de su cargo hubiesen prestado (Sent. 20 Febrero 1867).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La infraccion de la obligacion de inscribir es de tal importancia, que constituye causa de responsabilidad civil, exigible ante los Tribuna-

---

gistrador. El que dentro del término señalado para presentarse no lo haga, no debe perjudicar á los que oportunamente acuden á participar del beneficio de la ley: sean en buen hora indemnizados hasta donde alcance la fianza, pero despues de satisfechos los que fueron puntuales al llamamiento: si con esto queda alguno perjudicado, impútese á sí mismo las consecuencias de su negligencia. Mas en todo caso, cuando no sea suficiente la fianza, quedará á los interesados expedito su derecho para reclamar contra los demas bienes del registrador.

Desde el momento en que es condenado el registrador por ejecutoria á una indemnizacion, puede decirse que la fianza deja de estar íntegra, miéntras no se cumpla la sentencia ó se asegure su cumplimiento; es necesario, por lo tanto, que vuelva el registrador á entrar dentro de las condiciones normales de su cargo: por esto se propone en el Proyecto que si en el breve término de diez dias no completa ó no repone la fianza, ó no asegura á los reclamantes las resultas de los juicios respectivos, sea suspenso desde luégo en el ejercicio de su cargo.

Como los derechos que han de inscribirse en los Registros son á veces cuantiosísimos, y puede, por lo tanto, suceder que no baste la fianza á satisfacerlos, se establece que si no parece esta bastante, despues de admitida la demanda de indemnizacion, para asegurar el importe de lo que deba resarcirse, tenga derecho el actor de exigir una anotacion preventiva sobre otros bienes del registrador; prescripcion que tiene por objeto salir al encuentro de las cuestiones que en el silencio de la ley podrían suscitarse respecto á si era ó no procedente esta precaucion para garantir el cumplimiento de lo que en su dia se sentenciase.

El Código penal, al establecer el órden segun el cual deben satisfacerse las diferentes responsabilidades pecuniarias en que un delincuente ha incurrido por ejecutoria, pone ante todo la reparacion del daño causado y la indemnizacion de perjuícios, y en último lugar la multa: esto es lo mismo que decretó el Código de 1822, y lo que prescriben tambien algunos Códigos extranjeros. La Comision, siguiendo estos ejemplos y completando por su parte lo que ya se halla establecido, propone tambien que la indemnizacion de daños y perjuícios tenga preferencia sobre el pago de las multas. Nadie habrá que desapruebe esta diferenca, porque ya no tienen séquito las opiniones exageradas que á avor del interes fiscal en otros tiempos se agitaban.

Sólo resta exponer en este lugar los motivos que han guiado á la Comision al fijar los términos para la prescripcion de las acciones que tienen por objeto la indemnizacion de daños y perjuícios por los actos de los registradores.

Cuando el perjuício es reconocido por el que puede reclamarlo, el término debe ser muy corto: la Comision señala el de un año. El que no usa de este derecho, implícitamente lo renuncia por presuncion de la ley, que no debe dejar indefinidamente abierta la puerta á reclamaciones contra funcionarios públicos, mucho más cuando con el largo trascurso del tiempo puede darse lugar al olvido de los hechos y á que sea más difícil la justificacion de los registradores.

En el caso de que no pueda acreditarse que el perjudicado ha tenido conocimiento del acto que le daña, se ha señalado como término de la prescripcion el que por regla general se halla establecido para las acciones personales: éste es el de veinte años, fijado por las leyes de Toro, término que se arreglará siempre á lo que las leyes ordenen respecto á la prescripcion de las acciones personales en el caso de que en adelante lo reduzcan ó lo amplíen. La Comision ha creído que no habia motivo para introducir una excepcion en este caso, lo cual se aviene perfectamente con sus ideas de dar en lo posible unidad á las diversas partes del derecho escrito.

Otra clase de prescripciones se establece en el Proyecto: ésta es la de noventa dias cuando el demandante por indemnizacion no agite la continuacion del litigio. Supónese en este caso una renuncia de derechos. No conviene que estén en duda la diligencia y la probidad de los registradores; no es sólo el interes de éstos lo que con tal inaccion se compromete, lo es tambien el interes público. Dividida la opinion entre los que creen responsable al registrador y los que opinan que no lo es, y siguiendo éste en el desempeño de sus funciones, de que sin injusticia no podria separársele ó suspendérsele, la fe y la exactitud del Registro se debilitan, y de aquí nace la desconfianza que tantos perjuícios puede acarrear al crédito territorial. El que demanda, no lo debe hacer con pretextos livianos: tiempo tiene para preparar su accion y los medios de prueba ántes de comenzar el juício; si se lanza impremeditadamente á un pleito, recaiga sobre él exclusivamente la responsabilidad de su ligereza, no sobre todos los que tienen inscripciones en el Registro.

les, con arreglo al art. 313 de la ley (Res. Direccion Gen. 24 Junio 1874).

Artículo 2078.—Los errores, inexactitudes ú omisiones expresadas en el artículo anterior, no serán imputables al registrador cuando tengan su orígen en algun defecto del mismo título inscrito, y no sea de los que notoriamente, y segun los artículos 1900 (19 de la ley), número octavo del 1923, 1981 y 1982 (42, 100 y 101 de la ley), deberán haber motivado la denegacion ó la suspension de la inscripcion, anotacion ó cancelacion.

ORÍGENES

Art. 314, ley Hipotecaria.

Artículo 2079.—La rectificacion de los errores cometidos en asientos de cualquiera especie, y que no traigan su orígen de otros cometidos en los respectivos títulos, no librará al registrador de la responsabilidad en que pueda incurrir por los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos ántes de ser rectificados.

ORÍGENES

Art. 315, ley Hipotecaria.

Artículo 2080.—El registrador será responsable con su fianza y con sus bienes de las indemnizaciones y multas á que puedan dar lugar los actos de su suplente, miéntras esté á su cargo el Registro.

ORÍGENES

Art. 316, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La pretension de que el registrador indemnice á un particular los perjuicios que haya sufrido con motivo de su infundada negativa, debe formularse ante los Tribunales ordinarios en el correspondiente juicio, los cuales, en vista de los actos ejecutados por aquel funcionario, declararán lo que proceda acerca de la responsabilidad en que pueda haber incurrido (Resolucion Dir. Gen. 16 Marzo 1880).

Artículo 2081.—El que por error, malicia ó negligencia del registrador perdiere un derecho real, ó la accion para reclamarlo, podrá exigir desde luégo del mismo registrador el importe de lo que hubiere perdido.

El que por las mismas causas pierda sólo la hipoteca de una obligacion, podrá exigir que el registrador, á su eleccion, ó le proporcione otra hipoteca igual á la perdida, ó deposite desde luégo la cantidad asegurada, para responder en su día de dicha obligacion.

ORÍGENES

Art. 317, ley Hipotecaria.

Artículo 2082.—El que por error, malicia ó negligencia del registrador quede libre de alguna obligacion inscrita, será responsable, solidariamente con el mismo registrador, del pago de las indemnizaciones á que éste sea condenado por su falta.

ORÍGENES

Art. 318, ley Hipotecaria.

Artículo 2083.—Siempre que en el caso del artículo anterior indemnice el registrador al perjudicado, podrá repetir la cantidad que por tal concepto pagare, del que por su falta haya quedado libre de la obligacion inscrita.

Cuando el perjudicado dirigiere su accion contra el favorecido por dicha falta, no podrá repetir contra el registrador sinó en el caso de que no llegue á obtener la indemnizacion reclamada, ó alguna parte de ella.

ORÍGENES

Art. 319, ley Hipotecaria.

Artículo 2084.—La accion civil, que con arreglo al art. 2081 (317 de la ley) ejercite el perjudicado por las faltas del registrador, no impedirá ni detendrá el uso de la penal que en su caso proceda, conforme á las leyes.

ORÍGENES

Art. 320, ley Hipotecaria.

Artículo 2085.—Toda demanda que haya de deducirse contra el registrador para exigirle la responsabilidad, se presentará y sustanciará ante el Juzgado ó Tribunal á que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta.

ORÍGENES

Art. 321, ley Hipotecaria.

Artículo 2086.—Las infracciones de esta ley ó de los Reglamentos que se expidan para su ejecucion, cometidas por los registradores, aunque no causen perjuício á tercero ni constituyan delito, serán castigadas sin formacion de juício por los Presidentes de Audiencia, con multa de 100 á 1.000 pesetas.

ORÍGENES

Art. 322, ley Hipotecaria.

Artículo 2087.—Las sentencias ejecutorias que se dicten condenando á los registradores á la indemnizacion de daños y perjuícios, se publicarán en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletin Oficial* de la provincia, si hubieren de hacerse efectivas con la fianza, por no satisfacer el condenado el importe de la indemnizacion.

En virtud de este anuncio, podrán deducir sus respectivas demandas los que se crean perjudicados por otros actos del mismo registrador, y si no lo hicieren en el término de noventa días, se llevará á efecto la sentencia.

ORÍGENES

Art. 323, ley Hipotecaria.

Artículo 2088.—Si se dedujeren dentro del término de los noventa días algunas reclamaciones, continuará suspendida la ejecucion de la sentencia hasta que recaiga sobre ellas ejecutoria, á no ser que la fianza bastare notoriamente para cubrir el importe de dichas reclamaciones despues de cumplida la ejecutoria.

ORÍGENES

Art. 324, ley Hipotecaria.

Artículo 2089.—Cuando la fianza no alcanzare á cubrir todas las reclamaciones que se estimen procedentes, se prorateará su importe entre los que las hayan formulado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuício de la responsabilidad de los demas bienes de los registradores.

ORÍGENES

Art. 325, ley Hipotecaria.

Artículo 2090.—El Presidente de la Audiencia suspenderá desde luégo al registrador condenado por ejecutoria á la indemnizacion de daños y perjuícios, si en el término de diez días no completare ó repusiere su fianza, ó no asegurare á los reclamantes las resultas de los respectivos juícios.

ORÍGENES

Art. 326, ley Hipotecaria.

Artículo 2091.—El perjudicado por los actos de un registrador que no deduzca su demanda en el término de los noventa días señalados en el art. 2087 (323 de la ley), deberá ser indemnizado con lo que restare de la fianza ó de los bienes del mismo registrador, y sin perjuício de lo dispuesto en el artículo 2082 (318 de la ley).

ORÍGENES

Art. 327, ley Hipotecaria.

Artículo 2092.—Si admitida la demanda de indemnizacion no pareciere bastante para asegurar su importe el de la fianza, deberá el Juez ó Tribunal decretar, á instancia del actor, una anotacion preventiva sobre los bienes del registrador.

ORÍGENES

Art. 328, ley Hipotecaria.

Artículo 2093.—Cuando un registrador fuere condenado á la vez á la indemnizacion de daños y perjuícios y al pago de multas, se abonarán con preferencia los primeros.

ORÍGENES

Art. 329, ley Hipotecaria.

Artículo 2094.—El término para la devolucion de las fianzas deberá contarse desde que el interesado deje de ejercer el cargo de registrador, y no desde que cese en un Registro para pasar á otro.

ORÍGENES

Art. 330, ley Hipotecaria.

Artículo 2095.—Al registrador que pase de un Registro de mayor fianza á otro que la exija menor, no se le devolverá la diferencia, sinó en el plazo y con las condiciones que prescribe el art. 2070 (306 de la ley).

ORÍGENES

Art. 331, ley Hipotecaria.

Artículo 2096.—La accion para pedir la indemnizacion de los daños y perjuícios causados por los actos de los registradores, prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuícios por el que pueda reclamarlos, y no durará, en ningun caso, más tiempo que el señalado por las leyes comunes para la prescripcion de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida.

ORÍGENES

Art. 332, ley Hipotecaria.

Artículo 2097.—El Juez ó Tribunal ante quien fuere demandado un registrador para la indemnizacion de perjuícios causados por sus actos, dará parte inmediatamente de la demanda al Presidente de la Audiencia de quien dependa el mismo registrador.

El Presidente de la Audiencia, en su vista, deberá mandar al Juez ó Tribunal que disponga la anotacion preventiva de que trata el art. 2092 (328 de la ley) si la creyere procedente y no estuviere ordenada; previniéndole al mismo tiempo que le dé cuenta de los progresos del litigio en períodos señalados.

El que durante noventa días no agitase el curso de la demanda que hubiere deducido, se entenderá que renuncia á su derecho.

ORÍGENES

Art. 333, ley Hipotecaria.

CAPITULO XI

DE LOS HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES [1]

Artículo 2098.—Los registradores cobrarán los honorarios de los asientos que hagan en los libros y de las certificaciones que expidan, con sujecion estricta al arancel que acompaña á esta ley.

Los actos ó diligencias que no tengan se-

---

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES.—No es fácil, áun despues de tener á la vista el arancel de los honorarios que devengan actualmente los registradores, y conocerse por experiencia algunos de los defectos de que adolecen, establecer otro que esté al abrigo de impugnaciones, ni áun evitar que muchas de ellas tengan sólido fundamento.

Cuando se trata de un sistema nuevo, sólo la experiencia, despues de ensayada por algunos años la ley, ha de enseñar hasta qué punto pueden disminuirse ó aumentarse los derechos de los registrado-

ñalados honorarios en dicho arancel, no devengarán ningunos.

ORÍGENES

Art. 331, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Considerando que el art. 413 del Código penal castiga como delito el hecho de exigir un funcionario público, directa ó indirectamente, mayores derechos que los que le estuviesen señalados por razon de su cargo; que un registrador exigió los derechos de 282 inscripciones, ó sea uno por cada condueño de 15 fincas vendidas por el Estado, en vez de las 15, segun está prevenido, y que al hacerlo incurrió en la responsabilidad del artículo ántes citado: que resultaba que ántes de ejecutarse el hecho punible ya se habían dictado por la direccion general del Registro varias resoluciones sobre el particular y dispuesto por el Presidente de la Audiencia que sólo procedía una inscripcion por cada finca, sin perjuicio de que luégo se hiciera de cada propiedad la material division y se consignara una inscripcion por cada parte materialmente dividida: que, por lo tanto, no podia decirse que la accion no fuere voluntaria, ni que estuviese infringido el art. 1.º del Código

---

res, para que al mismo tiempo que su idoneidad y su trabajo sean recompensados como corresponde á la larga carrera que se les exige, á la asiduidad de sus funciones, á las fianzas que tienen que dar y á la severa responsabilidad á que se los sujeta, no sean gravados en más de lo absolutamente necesario los que tengan que acudir á los Registros.

La Comision, sin embargo, comprendiendo que la fijacion del arancel corresponde á la ley, propone el que ha creído que podía llenar mejor las condiciones apetecidas. Presenta, á pesar de todo, con desconfianza su trabajo, y no como parte integrante de la ley, sinó como una adicion que la completa. Así, dejando íntegro todo el texto de la ley, y sin temor de desfigurarla ó de destruir su armonía, podrá el arancel ser fácilmente corregido, si en la piedra de toque de la práctica aparece algun vicio que deba reformarse. En prueba de la desconfianza que la Comision tiene en este punto y que confiesa ingenuamente, propone que se faculte al Gobierno para que dentro de los cinco años siguientes á la publicacion de la ley pueda hacer en el arancel las alteraciones que la experiencia aconseje, pero exigiendo que esto lo haga con audiencia del Consejo de Estado, para que así aparezcan más meditadas las reformas y lleven más prendas de acierto, bien favorezcan, bien perjudiquen á los registradores. Pero esta disposicion sólo debe tener el carácter de transitoria: pasadas las circunstancias que pueden hacer urgente un cambio, hechas las reformas que la práctica de cinco años aconseje, no podrán en adelante considerarse otras tan apremiantes que deban libertarse de pasar por los trámites ordinarios que para la formacion de las leyes requiere la Constitucion. Propónese, por lo tanto, la autorizacion que se estima necesaria, pero sin extenderla más allá de lo que aconseja la necesidad que la recomienda.

Establecido que los registradores no deben percibir sueldo del Estado, y que sus honorarios deben satisfacerse por aquellos que reporten de los Registros inmediato beneficio, no podía la Comision ménos de señalar las personas obligadas á hacer el pago. Lo más justo, en su concepto, es que recaiga esta obligacion en aquellos á cuyo favor se inscriba ó anote el derecho, y que si son varios, no tenga el registrador que entenderse con cada uno individualmente, sinó que pueda exigir el pago á cualquiera de ellos, quedando el que lo verifique á salvo el derecho de reclamar contra los otros lo pagado por lo que respectivamente les corresponda. Considera, por lo tanto, solidaria la obligacion, y no sin motivo bastante, porque no sería justo obligar al registrador á dirigir su accion contra cada uno, y porque todos están interesados en la inscripcion, todos sacan provecho de ella por completo, sin que nadie pueda intentar que su parte se inscriba y otra ú otras dejen de inscribirse.

La comunion de bienes ó de intereses de los comuneros ó asociados lleva en sí esta necesidad de division de gastos para las cosas que son de interes comun, en que todos pueden considerarse como gestores. Cuando no se cumple la obligacion de pagar los honorarios, no es justo comprometer al registrador, ni á las solemnidades del juicio ordinario, ni áun á las del ejecutivo para conseguir la satisfaccion de lo que ha dejado de pagársele. Negocio de apreciacion fácil, no necesita las formas de un juicio; el procedimiento de apremio es bastante: la Comision por esto lo acepta, y con tanta más razon, proponiendo, como lo hace, que por falta de pago nunca se detenga la inscripcion. Los asientos por los cuales no deben devengarse honorarios; la necesidad de poner el importe de éstos al pié de los asientos, certificaciones ó notas por que se devenguen; el eximir de ellos las anotaciones preventivas, notas marginales ó cancelaciones á que dé lugar la negativa infundada de los registradores, así como los nuevos asientos que éstos deben hacer para rectificar errores que hayan cometido, y las demas disposiciones que comprende esta parte del Proyecto, son puntos que no necesitan ser detenidamente examinados en esta exposicion, porque son evidentes los motivos en que se fundan.

Sólo debe la Comision hacerlo, aunque brevemente, respecto á lo que propone como rebaja proporcional de honorarios, cuando es escaso el valor de la finca ó derecho á que se refiera el asiento ó la certificacion. Es necesario no alejar del Registro á los pequeños intereses con la perspectiva de gastos desproporcionados, sinó al servicio que se presta, al valor que los bienes representan. Los Registros no son ménos provechosos á la propiedad, muy fraccionada y subdividida, como lo está en algunas de nuestras provincias, que á la propiedad acumulada: léjos de dificultar el legislador á los que la poseen el acceso á ellos, tiene el deber de estimular por medios indirectos, que no suelen ser los ménos eficaces, á que acudan todos á hacer las inscripciones.

penal, pues ademas la accion se hallaba penada por la ley: que aunque no se expresase en la sentencia que los derechos exigidos fuesen mayores que los señalados, constaba que en tal concepto fueron denunciados, y que sobre el particular habían recaído decisiones del Presidente y de la Direccion, siendo indudable que no podían ser iguales los honorarios de 282 inscripciones á los de 15: que no podía alegarse tampoco para decirse que no existía la prueba del exceso de honorarios que no se fijaba determinadamente la cuantía, porque basta, segun la ley, que se exijan mayores derechos para incurrir en responsabilidad, aunque respecto de la pena pecuniaria se tenga en consideracion la cuantía de lo exigido, sin que sobre esta última estimacion hecha por la Audiencia se hubiera interpuesto el recurso, por lo cual no podía ser objeto de la decision de la Sala: y que la exigencia de derechos indebida por parte de un funcionario no afecta á la validez ó invalidez del documento mismo que ha producido la exaccion ilegal, citándose inoportunamente los artículos 312 ó 334 de la ley Hipotecaria, en cuanto á los efectos que produjesen las inscripciones, se falló no haber lugar al recurso. La Audiencia había impuesto la pena de 500 pesetas de multa y todas las costas, habiéndose incoado la causa por órden del Presidente del Poder Ejecutivo de la República española. (Aunque esta sentencia no pertenece propiamente á un libro de carácter puramente civil, hemos preferido darla cabida en este lugar, ya que diversos autores la citan en este capítulo de la ley.) (Sent. 8 Mayo 1876).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

En cuanto á los honorarios devengados por las notas puestas al márgen de las inscripciones de hipotecas, como el contenido de ellas es una indicacion de referencia á otra nota puesta al márgen del asiento de presentacion y forma parte de la inscripcion á cuyo márgen se extienden, segun lo dispuesto en el primer párrafo del art. 18 del Reglamento, el hacer dicha indicacion por medio de una nota marginal, conforme lo previno la Real órden de 4 de Octubre de 1866 y reproducen los párrafos 2.° y 3.° del citado artículo, no altera la naturaleza y contenido de dichas notas, las cuales deben suponerse y considerarse como una operacion necesaria para la definitiva inscripcion de la finca ó derecho á cuyo márgen se ponen.

Bajo este supuesto, los honorarios que correspondan á dichas notas deben regularse, teniendo presente el valor de la finca ó derecho á que se refiere la inscripcion de que forman parte integrante, bien para hacer la rebaja proporcional correspondiente, bien para no denegar honorarios, segun que se hallen ó no comprendidos en el art. 343 de la ley y núm. 17 del arancel.

Respecto á los honorarios devengados por las notas de referencia puestas al márgen de los asientos trasladados, no pueden servir de base para exigirlos las resoluciones de la Direccion de 12 de Agosto de 1863 y 20 de Febrero de 1864. La primera, porque si bien autoriza á los registradores para anotar al márgen de todo asiento de propiedad que se trasladase á los libros nuevos el número, folio y libro en que se había verificado la traslacion, declara explícitamente que estas notas no devengan honorarios; y la otra resolucion se refiere á unas notas que el art. 414 exige que se extiendan al márgen de los asientos antiguos no trasladados para hacer constar que quedan extinguidos, y en tal concepto son verdaderos asientos de cancelacion, cuando las de que se trata son de referencia, que ningun precepto de la ley ni del Reglamento mandan que se extiendan.

Si bien no existe precepto alguno claro y terminante que imponga á los registradores la obligacion de manifestar á los interesados la minuta de los honorarios que devengan en la inscripcion de los documentos, tampoco existe ninguna prohibicion de hacerlo; y por el contrario, el espíritu de la ley Hipotecaria y lo dispuesto para casos análogos en otras leyes aconsejan la conveniencia de que los funcionarios de aquella clase faciliten á los interesados los mismos datos que deberían manifestar al Tribunal, en caso de haber de acudir á los procedimientos judiciales (Res. Dir. Gen. 16 Diciembre 1874).

Artículo 2099.—Los honorarios del registrador se pagarán por aquél ó aquéllos á cuyo favor se inscriba ó anote inmediatamente el derecho.

ORÍGENES

Art. 335, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Los registradores están asimilados para el cobro de los derechos de inscripcion, á los jue-

ces y escribanos que actúan en las subastas de fincas del Estado, con arreglo á la legislacion vigente (Sent. del Consejo de Estado 20 Enero 1877).

Artículo 2100.—Cuando fueren varios los que tuvieren la obligacion expresada en el artículo anterior, el registrador podrá exigir el pago de cualquiera de ellos, y el que lo verifique tendrá derecho á reclamar de los demas la parte que por los mismos haya satisfecho.

En todo caso, se podrá proceder á la exaccion de dichos honorarios por la vía de apremio, pero nunca se detendrá ni negará la inscripcion por falta de su pago.

ORÍGENES

Art. 336, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La Direccion sólo tiene competencia para resolver acerca de la regulacion de los honorarios devengados por los registradores cuyo pago se reclama por la vía de apremio cuando el interesado los considera excesivos, sin que tenga competencia para resolver las demas cuestiones que se promuevan en dicho procedimiento. La persona contra quien ha instado la vía de apremio el registrador de P., léjos de atacar como excesiva la regulacion de honorarios, la supone ajustada á la ley y funda su oposicion en no estar obligado á satisfacer su importe.

Suscitada esta cuestion en el procedimiento de apremio, y no hallándose comprendida en el único caso que taxativamente atribuye el artículo 304 del Reglamento á esta Direccion, la facultad de resolver corresponde á los Jueces y Tribunales competentes para conocer el referido procedimiento (Res. Dir. Gen. 27 Julio 1877).

Artículo 2101.—Los asientos que se hagan en los índices y en cualesquiera libros auxiliares que lleven los registradores, no devengarán honorarios.

ORÍGENES

Art. 337, ley Hipotecaria.

Artículo 2102.—En los honorarios que señala el arancel á las certificaciones de los registradores, no se considerará comprendido el importe del papel sellado en que deban extenderse, el cual será de cuenta de los interesados.

ORÍGENES

Art. 338, ley Hipotecaria.

Artículo 2103.—Al pié de todo asiento, certificacion ó nota que haya devengado honorarios, estampará el registrador el importe de los que hubiere cobrado, citando el número del arancel con arreglo al cual los haya exigido.

ORÍGENES

Art. 339, ley Hipotecaria.

Artículo 2104.—Los honorarios que devenguen los registradores por los asientos ó certificaciones que los Jueces ó Tribunales manden extender ó librar á consecuencia de los juícios de que conozcan, se calificarán, para su exaccion y cobro, como las demas costas del mismo juício.

ORÍGENES

Art. 340, ley Hipotecaria.

Artículo 2105.—Cuando declare el Juez ó Tribunal infundada la negativa del registrador á inscribir ó anotar definitivamente un título, no estará obligado el interesado á pagar los honorarios correspondientes á la anotacion preventiva, ó en su caso, á la nota marginal que el mismo registrador haya puesto al asiento de presentacion al tiempo de devolver dicho título, ni á la cancelacion de la misma nota.

ORÍGENES

Art. 341, ley Hipotecaria.

Artículo 2106.—Cuando se rectificare un asiento por error de cualquiera especie cometido en él por el registrador, no devengará éste honorarios por el asiento nuevo

que extendiere; pero sin perjuício de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2027 (263 de la ley).

ORÍGENES

Art. 342, ley Hipotecaria.

Artículo 2107.—Cuando el valor de la finca ó derecho á que se refiera el asiento ó la certificacion no excediere de 500 pesetas y pasare de 250, se exigirá tan sólo la mitad de los honorarios respectivamente señalados en el arancel.

Si excediendo de 125 pesetas no pasare de 250, se exigirá solamente là cuarta parte de los mismos honorarios.

Si no excediere de 125 pesetas, sólo se exigirá la cantidad fija que señala el mismo arancel.

ORÍGENES

Art. 343, ley Hipotecaria.

Artículo 2108.—Los registradores se sujetarán estrictamente, en la redaccion de los asientos, notas y certificaciones, á las instrucciones y modelos que contendrá el Reglamento para la ejecucion de esta ley.

ORÍGENES

Art. 344, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Las fórmulas comprendidas en los modolos oficiales, en ningun caso pueden invocarse para alterar lo dispuesto en la ley ni en los Reglamentos, y mucho ménos en el presente caso, en que por inadvertencia se reprodujo literalmente el modelo núm. 7 que acompañaba al Reglamento de la primitiva ley Hipotecaria, y estaba redactado conforme á lo que en ella se disponía sobre la obligacion de archivar el documento original (Res. Dir. Gen. 30 Enero 1875).

Artículo 2109.—Los delegados de los Presidentes de Audiencia para la inspeccion de los Registros examinarán cuidadosamente en las visitas si los asientos están redactados con arreglo á los modelos indicados en el artículo anterior, y consignarán en el acta las faltas que notaren de esta especie, á fin de que sea corregido disciplinariamente el registrador que diere á sus asientos más extension que la necesaria, ú omitiere hacer mencion en ellos de las circunstancias que deban contener, segun su clase.

ORÍGENES

Art. 345, ley Hipotecaria.

Artículo 2110.—No podrá hacerse variacion alguna en el arancel que acompaña á esta ley sinó por medio de otra ley.

ORÍGENES

Art. 346, ley Hipotecaria.

TÍTULO XXIII

DEL TRÁNSITO DEL ANTIGUO RÉGIMEN HIPOTECARIO AL MODERNO

CAPITULO PRIMERO

DE LA LIBERACION DE LAS HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES EXISTENTES (1)

Artículo 2111.—Los que á la publicacion de esta ley tengan á su favor alguna hipoteca legal de las no exceptuadas en el artículo 2118 (354 de la ley), podrán exigir en el término de noventa días que la persona obligada por dicha hipoteca constituya é ins-

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

LIBERACION DE LAS HIPOTECAS LEGALES Y OTROS GRAVÁMENES EXISTENTES.—Difícil es, por regla general, el tránsito de una legislacion á otra en materia civil; y lo es más, cuando las reformas encarnan tan profundamente en lo antiguo, como lo hace el Proyecto, variando cardinalmente principios y disposiciones que por espacio de tantos siglos están en observancia. Esta dificultad suele ser en su mayor parte efecto del trastorno que el nuevo derecho introduce en el modo de ser de muchas instituciones, en los hábitos envejecidos y en las costumbres civiles, que vienen á ser una segunda religion en las naciones. Un principio salvador sale al encuentro de todas las dificultades: éste es que cada hecho sea examinado y juzgado á la luz de la ley, de las costumbres y hasta de las opiniones, errores y preocupaciones del tiempo en que se verificó; principio que es la aplicacion práctica de la antigua máxima que declara que la ley no tiene efecto retroactivo.

¿Y podría adoptarse esta regla de un modo absoluto é incondicional, tanto respecto á los mismos derechos creados como á la forma de su existencia? Responder afirmativamente á esta pregunta equivaldría á anular el Proyecto, dejando al crédito territorial en sus actuales condiciones, y á renunciar á la reforma. ¿De qué serviría, en efecto, que se prescribieran acertadas disposiciones para lo futuro, si la propiedad había de continuar envuelta en la confusion en que se halla? ¿A qué conduciría que en lo sucesivo con cuidadoso afan todas las hipotecas fueran expresas y especiales, si por una serie indefinida de años habían de continuar las tácitas y generales hoy existentes? ¿Habían de seguir perpetuamente como vivos, derechos desconocidos, cargas extinguidas, pero que por la imperfecta organizacion de los archivos, ó por el descuido de los interesados, ó por su larga antigüedad, aparecen aún como existentes?

La Comision no teme asegurar que, á creerse esto y decidirse así, serían escasos los bienes que producirían los nuevos Registros, tal vez hasta que pasara medio siglo, y los actuales derechos se extinguieran, dando lugar á los que lenta y pausadamente han de venir á reemplazarlos. La reforma en este caso sería sin duda muy útil á las generaciones venideras, pero de escasa ó ninguna importancia para la actual. No es esto lo que el país apetece; no es esto lo que el Gobierno se propone al intentar la reforma.

Pero como la ley no debe tener fuerza retroactiva, necesario es examinar si dejando subsistente el principio, puede en su aplicacion conseguirse el resultado que se desea. Respétense en hora buena los derechos: la Comision no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es una violacion cambiar la forma de hacerlos efectivos, que es lo más grave que se propone en el Proyecto. No deben sacrificarse, en verdad, los derechos civiles invocando el nombre del interes público; pero tampoco es lícito á los particulares dejar de hacer cuanto, salvando sus derechos, exija la sociedad para conciliarlos con el bien general. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos. Las leyes nuevas no deben destruir los derechos creados por otras anteriores, porque se dan para lo futuro; mas el legislador, cuando se ve obligado á introducir reformas reclamadas por las necesidades sociales, no puede renun-

criba en su lugar una especial, suficiente para responder del importe de la obligacion asegurada por la primera.

El término fijado en el párrafo anterior empezará á correr desde el día en que comience á regir esta ley.

---

ciar una facultad que es inherente esencialmente á su mision: la de poner en armonía el ejercicio de todos los derechos con las disposiciones de interes general que la obligan á cambiar la legislacion antigua. Sujetar á ciertas formalidades la declaracion y conservacion de derechos preexistentes, no es anularlos: es más bien hacer posible que sean eficaces: de otro modo, habría á un mismo tiempo vigentes dos legislaciones distintas, que marchando paralelamente, producirían un antagonismo funesto y serian orígen fecundo de litigios. Por esto la Comision ha adoptado la que ha creído que podía armonizar los derechos adquiridos con el nuevo sistema que propone.

La regla general que al efecto establece respecto á las hipotecas, si bien con algunas excepciones, es que las generales y tácitas anteriores á la ley hayan de convertirse en especiales y expresas, dando derecho á los que tengan aquellas constituídas á su favor para exigir de las personas obligadas una inscripcion de hipoteca especial suficiente á responder del importe de la obligacion asegurada. Ningun perjuicio pueden sufrir en esto los acreedores hipotecarios; muy al contrario, la ley les permite mejorar notoriamente su condicion, logrando, por la especialidad de la hipoteca y por la inscripcion en el Registro, que siempre haya una finca sujeta al pago de la deuda, y que no se pueda desvanecer el derecho real que ahora tiene por la voluntad sólo del obligado, el cual por el actual sistema, usando de su derecho y enajenando sus bienes, ó tal vez hipotecándolos expresamente, puede constituirse en insolvencia y obligar al acreedor á tener que dirigirse contra terceros poseedores, con las desventajas que ántes quedan expuestas.

Tampoco se empeora la condicion del deudor porque la ley supone que el que se obliga con hipoteca teniendo fincas, no lo hace con ánimo de eludir el cumplimiento de la obligacion, que es responder con todos y con cada uno de los bienes inmuebles que posee á la satisfaccion del crédito: al contrario, limitándose la hipoteca á bienes determinados, adquiere mayor seguridad de no perder la confianza de los acreedores, los cuales naturalmente le molestarán ménos, porque, cualquiera que sea la decadencia de fortuna del deudor, siempre les quedará expedita la accion real para ser pagados de todo su crédito.

Esta trasformacion de las antiguas hipotecas legales en expresas debe tener un término perentorio; de otro modo se dilatarían indefinidamente los mejores efectos de la ley: la Comision ha señalado el de un año, que le ha parecido más que suficiente para que todos los derechos antiguos queden protegidos: el que deje pasar el término sin ejercitar su derecho, no debe extrañar que éste caduque: la ley cumple con acoger y amparar á los que no renuncian explícita ó implícitamente á la proteccion que los dispensa.

En este caso se hallan las antiguas hipotecas legales, constituídas á favor de la Hacienda pública sobre los bienes de sus deudores, administradores, contadores, tesoreros y los demas agentes y personas que les sean responsables; la que tienen las mujeres sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas; la del marido sobre los bienes de la mujer que ha prometido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que por ella hubiese hecho igual promesa; la de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus guardadores ó de los herederos de éstos; la de los hijos sobre los bienes de su madre ó sobre los bienes de su padrastro por la gestion de la tutela ó curaduría; la de los menores sobre los bienes de su propiedad vendidos, y cuyo precio no haya sido pagado por completo; la de los legatarios, si el legado no estuviese cumplidamente satisfecho; la de los acreedores refaccionarios sobre las fincas refaccionadas por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para edificacion y reparacion; y por último, la de los vendedores sobre las fincas vendidas por precio cuyo pago no se haya aplazado.

Para que este derecho pueda ejercitarse, la Comision ha designado las personas que tienen obligacion de promover la inscripcion de las hipotecas dentro del plazo señalado. La naturaleza misma de las obligaciones ha indicado quiénes deben ser los autorizados al efecto en cada caso: ya lo son los centros administrativos ó los delegados de la administracion en la forma que prescriben los Reglamentos; ya el marido, ya la mujer, ya los hijos, si son mayores de edad; ya, si son menores, todos los que en lo futuro han de tener derecho para pedir que se aseguren los bienes de su peculio, ya los ascendientes, ya los parientes trasversales, ya los guardadores, ya los jueces de paz, ya los de primera instancia, y sobre todo los mismos interesados cuando tienen capacidad para hacer por sí las reclamaciones correspondientes. Estas disposiciones tienen muchos puntos de contacto con otras del Proyecto anteriormente expuestas: la Comision cree que con ellas quedarán suficientemente protegidos todos los derechos legítimos, creados al amparo del actual sistema hipotecario.

Cuando la obligacion que se ha de asegurar es determinada y líquida, ninguna dificultad presenta la constitucion de la hipoteca especial en lugar de la general y tácita; pero como no siempre reune estas condiciones, necesario es establecer el modo de determinar y reducir á una cifra precisa el importe de la obligacion. Lo más sencillo es el acuerdo de los interesados; y si éste no pudiera obtenerse, la decision de la autoridad judicial, que observará las formas prescritas en otros casos de grande analogía con el presente.

Hecha la inscripcion, surtirá efecto desde la fecha en que con arreglo á la legislacion anterior debía producirlo el derecho asegurado, lo que habrá de expresarse en la inscripcion, porque de lo contrario, dándose fuerza retroactiva á la ley, podría resultar perjudicado el antiguo acreedor hipotecario.

Pero si bien la conversion de la hipoteca tácita en expresa es necesaria, por regla general, para que no se extinga el derecho hipotecario constituído con arreglo á las disposiciones que hoy están en observancia, hay algunos casos en que intereses más altos aconsejan que no se dé derecho para exigir la inscripcion en la nueva forma que se propone. En las hipotecas legales hoy existentes á favor de las mujeres casadas sobre los bienes del marido, á favor de los hijos sobre los bienes de los padres, razones de un órden superior, y especialmente la armonía

ORÍGENES

Art. 347, ley Hipotecaria.

de la familia, que fácilmente se alteraría cambiando los derechos y obligaciones de los que la componen respecto á los bienes que entraron en ella con anterioridad á la publicacion de la ley, aconsejan una excepcion de la necesidad de convertir en expresas y especiales las hipotecas generales y tácitas que por beneficio de la ley vienen constituidas, y que respecto á ellas quede en observancia en todo su vigor el derecho antiguo. Mas esto se entiende miéntras que por voluntad conforme de los interesados, ó del obligado al ménos, no se sustituyan tales hipotecas con otras especiales, ó dejen de tener efecto en cuanto á tercero en virtud de providencia judicial que se dé en juicio de liberacion, que es, como expondrá la Comision, el modo de que todo propietario pueda entrar dentro de las condiciones de la ley, áun en el caso de que no sea ó no pueda ser compelido á ello.

Los que segun la legislacion antigua tienen gravados sus bienes con una hipoteca general, léjos de menguar el derecho de aquellos á cuyo favor está constituída, solicitando y obteniendo que se convierta esta hipoteca en especial, aseguran más y más la obligacion garantida. Natural es que los antiguos hipotecarios accedan á lo que se les propone cuando la garantía especial sea suficiente; pero si sobre esto se suscitaran diferencias por no avenirse, ya sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse, ya sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca, ó por cualquiera otra causa, á la autoridad judicial puede dejarse solamente la resolucion: á este efecto se señalan para la tramitacion las mismas solemnidades que para los incidentes se hallan establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Tampoco perjudica el Proyecto á los que tienen una accion resolutoria ó rescisoria, procedente de derechos que en adelante sin la inscripcion no han de surtir efecto contra tercero. Les concede para que puedan hacerlo el término de un año si no ha prescrito su derecho; pero si el derecho no es exigible por depender del cumplimiento de una condicion, entónces podrá aquel en cuyo favor esté constituído pedir y obtener que se lo asegure con una hipoteca el obligado, y en su caso el poseedor de los bienes que lleven consigo la obligacion. Sólo el que deja pasar estos términos sin hacer uso de su accion ó sin obtener la garantía dentro del término prefijado, no podrá despues hacerlo en perjuicio de tercero: medida justa que consulta los derechos existentes, cuando no quiere renunciar á ellos aquel á cuyo favor se hallan constituídos.

Semejante á esta decision es la que se adopta respecto á las hipotecas legales existentes á favor de los legatarios y refaccionarios. El sistema de la Comision es el mismo: la diferencia está solamente en lo que exige la índole especial de cada caso.

Ya ha hecho ántes la Comision una indicacion, aunque ligera, del juicio de liberacion: necesario es aquí explicar este importantísimo punto del Proyecto.

La ley nueva, en lo que se refiere á los derechos existentes ántes de su publicacion, no debe atender sólo al interes de los que tienen constituído un derecho real en propiedad ajena, sinó al de los dueños que, léjos de perjudicar los derechos reales adquiridos y gravados sobre su propiedad, los mejoran, mostrándose dispuestos á entrar en la reforma. A esta necesidad se satisface por medio de la liberacion, que es un procedimiento admitido y probado ya en otros países. Por él será lícito á todos los que tienen sus bienes gravados con hipotecas legales existentes al publicarse la nueva ley, cuando no hayan hecho uso del derecho de exigir una hipoteca especial aquellos á cuyo favor venía constituída la antigua, ó con algun gravámen procedente de acciones rescisorias ó resolutorias, poner en claro el verdadero estado de su propiedad, y obtener que se reduzca el gravámen á las fincas que basten á asegurar los derechos constituídos sobre ellas. Al efecto establece el Proyecto un órden de procedimientos meditado y minucioso, en que al interesado se impone el deber de manifestar con toda precision cuanto puede conducir á formar idea de los inmuebles que posee, de las hipotecas ó gravámenes ocultos á que pueden estar afectos, y de las personas á quienes corresponden, y se les exige la presentacion de los títulos que acrediten la pertenencia de los bienes; se oye á los que tendrían derecho, en su caso, á pedir la sustitucion de la antigua hipoteca con la nueva; se emplaza á los interesados desconocidos ó ausentes, por edictos fijados en los parajes públicos y en los periódicos oficiales; se admiten las pretensiones que tienen por objeto la constitucion de la hipoteca especial en seguridad de derechos existentes, ó la renuncia de la hipoteca general en cuanto á lo que especialmente se pretenda liberar; se señala el modo de proceder en cada uno de estos casos; se prescribe que en el mismo juicio sean oídos todos los que acudan en solicitud de hipotecas diferentes; se ordena cuál debe ser la resolucion del juez en los diversos casos que pueden presentarse, y se desciende á cuantos pormenores son necesarios para que la ley se entienda por todos, se eviten dificultades al ejecutarla, y sea aplicada de la misma manera por todos los Jueces y Tribunales.

Pero no ha creido la Comision que debía limitarse á la liberacion de las hipotecas ocultas, ó que estuvieran constituídas á favor de personas desconocidas; ha fijado tambien su atencion en los bienes que están colectivamente gravados con censos ó con hipotecas voluntarias, cuyo capital no se halla dividido entre los mismos, ignorándose, por lo tanto, hasta qué punto está gravada esta finca. La gran facilidad que ha habido en nuestra patria para multiplicar indefinidamente las garantías, es harto sabida por todos. Pueblos hay que tomaron en tiempos más ó ménos remotos capitales á censo ó con hipoteca, no siempre crecidos, constituyendo el comun de vecinos el censo ó la hipoteca, no sólo sobre los bienes que comunalmente poseían, sinó sobre todos y los de cada uno de los que acudían al consejo: así en estos pueblos toda ó casi toda su propiedad territorial se halla afecta á una obligacion hipotecaria. Dimana de esto la dificultad de enajenar que tienen los vecinos, porque la opcion que tienen los censualistas ó los acreedores hipotecarios para pedir directamente contra cualquiera de los poseedores de las fincas acensuadas ó hipotecadas, por ser el censo y la hipoteca indivisibles, y subsistir en todas y en cada una de las cosas que afectan, es causa de que en la incertidumbre de si la finca enajenada será la elegida, se retraigan de adquirir ninguna de ellas los que de otro modo se

JURISPRUDENCIA

No existe ya la hipoteca general tácita á favor

de los menores contra sus guardadores, y no pueden en su virtud los primeros alegar preferencia alguna sobre los bienes raíces y derechos reales de los segundos, segun los artículos 347 al 357 de la ley Hipotecaria. (Sent. 15 Enero 1877).

Artículo 2112.—Si el importe de la obligacion que se deba asegurar, en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, no fuere determinado ó líquido, se fijará de comun acuerdo entre los interesados ó sus representantes legítimos, para el efecto de señalar la cuantía de la hipoteca especial.

En este caso, no quedará obligado el que constituya la hipoteca á más que á lo que pueda exigírsele por resultado de la obligacion principal, ni el que tenga á su favor dicha hipoteca perderá su derecho para exigir por la accion personal la parte del crédito que no alcancen á cubrir los bienes hipotecados.

ORÍGENES

Art. 348, ley Hipotecaria.

Artículo 2113.—Si no hubiere avenencia entre los interesados sobre la determinacion del importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca, se decidirán uno y otro punto por el Juez ó Tribunal, en la forma prescrita en el art. 1872 (165 de la ley).

ORÍGENES

Art. 349, ley Hipotecaria.

Artículo 2114.—Trascurridos los noventa días prescritos en el art. 2111 (347 de la ley), no podrán exigir la constitucion de hipotecas especiales en sustitucion de las legales, sinó los que tengan derecho á ello con arreglo á esta ley, y en la forma que la misma

---

apresurarían tal vez á comprarlas. Comun es tambien que sobre todos los bienes de una vinculacion, cuantiosos á veces, haya censos ó hipotecas de poca importancia relativamente al capital que los asegura. De esta desproporcion de los bienes hipotecados con las deudas garantidas, ninguna ventaja saca el acreedor, que no puede obtener más que una sola vez lo que le corresponde; al contrario, el deudor se ve gravado extraordinariamente, porque su crédito no aparece tal como en realidad es, por tener afectos á censos ó hipotecas muchos más bienes de los que verdaderamente necesita en todo caso para cubrir la obligacion ó el derecho garantido. No son estas trabas, que coartan la propiedad, ménos funestas que las de la amortizacion, con la que tienen ciertos puntos de contacto; porque si bien no prohiben la enajenacion, la dificultan y restringen mucho la circulacion de la riqueza inmueble, disminuyendo innecesariamente el crédito territorial. Movida por estas consideraciones, propone la Comision que quien al publicarse la ley tuviese gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos bienes, pueda exigir que se reparta entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital; que si una de las fincas basta para responder del capital, pueda exigirse que se reduzca á ella el gravámen, y que si dos ó más fincas hubieren de quedar gravadas, cada una debe ser suficiente para responder de la parte del capital á que quede afecta. Más cuando los bienes acensuados ó hipotecados no basten á cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, sólo podrá exigirse la division del capital entre los mismos bienes en proporcion á lo que valgan, pero no la liberacion de ninguno. No debe parecer extraña la fijacion del triplo, que algunos tal vez reputen excesiva garantía, si se considera que la hipoteca es por regla general de bastante mayor valor que la deuda hipotecaria, y que en cambio de la nueva pierde el acreedor la más amplia, aunque ménos eficaz, que tenía ántes sobre todos los bienes del deudor. No podrá, de seguro, con estas disposiciones quejarse con justicia el censualista ni el prestamista con hipoteca, los cuáles, siempre que á ello alcancen los bienes que tenían en garantía, quedan suficientemente asegurados con un capital triplo al que representa su derecho.

Por las mismas causas propone la Comision la facultad de reducir las hipotecas y los censos impuestos sobre varios bienes, sin determinacion de la suma con que cada uno está gravado, á lo necesario para cubrir el triplo del capital para cuya seguridad se constituyeron, fijando la parte con que ha de quedar gravada cada una de las fincas.

Como no sería justo que estos beneficios con que ha creído la Comision consultar, no sólo los intereses de los deudores y censatarios, sinó tambien de los acreedores y censualistas, sólo pudieran ser reclamados por aquéllos, hace la declaracion expresa de que éstos tienen igualmente el derecho de solicitarlos.

La division y reduccion de las garantías de que queda hecho mérito, deben hacerse por la libre voluntad de los interesados, que son los que mejor pueden calcular las ventajas é inconvenientes de la operacion. Cuando la avenencia no es posible, ó bien por no conformarse los interesados, ó bien por ser alguno de ellos persona incierta, no queda más medio que el de acudir á la autoridad judicial, siendo representada la persona incierta por el Ministerio público, defensor por la naturaleza de su cargo, y en nombre del Estado, en los negocios civiles, de todos aquéllos que no tienen ó no pueden tener otro que los represente con arreglo á las leyes.

prescribe, sin perjuicio de lo establecido en el art. 2118 (354 de la ley).

ORÍGENES

Art. 350, ley Hipotecaria.

Artículo 2115.—Tampoco surtirá efecto contra tercero, trascurridos los noventa días, ninguna hipoteca legal no inscrita, con exclusion de las comprendidas en el referido art. 2118 (354 de la ley).

ORÍGENES

Art. 351, ley Hipotecaria.

Artículo 2116.—Las hipotecas especiales que se constituyan dentro del expresado término de noventa días, bien en sustitucion de las legales comprendidas en los artículos 2117 y 2118 (353 y354 de la ley), bien en seguridad de los derechos á que se refiere el art. 2122 (358 de la ley), surtirán su efecto desde la fecha en que, con arreglo á la legislacion anterior al 1.° de Enero de 1863, debería producirlo la hipoteca legal, ó el derecho asegurado, para lo cual deberá fijarse dicha fecha en la inscripcion misma.

Las que se constituyan pasado dicho término, cualquiera que sean su orígen y especie, no surtirán efecto en cuanto á tercero sinó desde la fecha de su inscripcion.

ORÍGENES

Art. 352, ley Hipotecaria.

Artículo 2117.—Las hipotecas legales existentes, cuya inscripcion como hipotecas especiales podrá exigirse segun lo dispuesen el art. 347, serán las que á la publicacion de esta ley existan con el carácter de tácitas:

Primero. En favor de la Hacienda pública, sobre los bienes de los que manejen fondos de la misma ó contraten con ella, y sobre los bienes de los contribuyentes que deban más de una anualidad de los impuestos que graven los mismos inmuebles.

Segundo. En favor de las mujeres, sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas.

Tercero. En favor del marido, sobre los bienes de la mujer que haya ofrecido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que hubiere hecho igual ofrecimiento por ella.

Cuarto. En favor de los menores ó incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, ó de los herederos de éstos, si sus causantes hubieren fallecido sin tener aprobadas las cuentas.

Quinto. En favor de los hijos, sobre los bienes de su madre y los de su padrastro, si aquélla hubiere sido su tutora ó curadora, y no tuviere aprobadas sus cuentas.

Sexto. En favor tambien de los menores, sobre los bienes de su propiedad vendidos y cuyo precio no haya sido pagado por completo.

Sétimo. En favor del legatario, sobre los bienes del testador, si el legado no estuviere pagado por completo.

Octavo. En favor de los acreedores refaccionarios, sobre las fincas refaccionadas, por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para la edificacion ó reparacion.

Noveno. En favor de los vendedores, sobre la cosa vendida por el precio de la misma, cuyo pago no haya sido aplazado.

ORÍGENES

Art. 353, ley Hipotecaria.

Artículo 2118.—No podrán exigir la constitucion ó inscripcion de hipoteca especial, segun lo dispuesto en el art. 347, y salvo lo prescrito en los artículos 365 y siguientes, los que á la publicacion de esta ley se hallen disfrutando algunas de las hipotecas generales que establecía la legislacion anterior á 1.° de Enero de 1863:

Primero. En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por la dote y parafernales que les hayan sido entregados.

Segundo. En favor tambien de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por las dotes y arras que éstos les hayan ofrecido.

Tercero. En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los que tengan la cualidad de reservables.

Cuarto. En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los de su peculio que éstos usufructúen ó administren.

Quinto. Las hipotecas análogas que establecieren los fueros ó leyes especiales.

ORÍGENES

Art. 354, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Si bien la ley Hipotecaria señala por regla general el término de un año desde el día en que la misma comenzó á regir, para la constitucion de hipotecas especiales en favor de los que disfrutaban de las legales, exceptúa, sin embargo, en sus artículos 354 y 355, entre otras, las existentes en aquella fecha á favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos por la dote y parafernales, disponiendo subsistan estas hipotecas con arreglo á la legislacion precedente, miéntras duran las obligaciones que garanticen (Sent. 10 Diciembre 1872).

Artículo 2119.—Las hipotecas expresadas en el artículo precedente que existieren á la publicacion de esta ley, subsistirán con arreglo á la legislacion anterior al 1.º de Enero de 1863, miéntras duren las obligaciones que garanticen, excepto en los siguientes casos:

Primero. Cuando por la voluntad de las partes ó la del obligado se sustituyan con hipotecas especiales.

Segundo. Cuando siendo mayor de edad la mujer casada ó los hijos presten su consentimiento para que la hipoteca legal se extinga, reduzca, subrogue ó posponga; pero en lo relativo á la mujer casada se aplicará en estos casos lo dispuesto en el art. 188.

Tercero. Cuando las hipotecas legales dejen de tener efecto en cuanto á tercero, en virtud de providencia dictada en el juicio de liberacion establecido en los artículos 2129 (365 de la ley) y siguientes.

ORÍGENES

Art. 355, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Si bien los artículos 352, 354, 355 y 356 de la ley Hipotecaria autorizan al marido para constituir hipoteca especial en sustitucion de las generales tácitas que existian en la legislacion anterior á 1.º de Enero de 1863 á favor de las mujeres por la dote y bienes parafernales que hubiese entregado el marido, es necesario, segun la doctrina del Tribunal Supremo (1), acreditar esta circunstancia para que adquiera la hipoteca tácita ántes de la citada fecha, y por lo tanto, para que se consideren permitidos los convenios entre cónyuges, convirtiendo una hipoteca general tácita en otra especial ó expresa.

Ni la confesion del marido de haber recibido los bienes heredados por su mujer despues de *treinta y cinco años* de matrimonio, ni su intervencion en las operaciones de testamentaría, de que procedian dichos bienes, es prueba para deducir que éstos se le dieron *señaladamente para que los poseyese y administrase* y de su enajenacion con conocimiento de ambos cónyuges, entrando su importe en poder del marido: casos en que, segun la doctrina del Tribunal Supremo, adquiere la mujer hipoteca legal, y miéntras esto no suceda el convenio es nulo y no puede tener lugar su inscripcion por defecto insubsanable, conforme disponen los artículos 65 de la ley Hipotecaria y 57 del Reglamento para su ejecucion (Res. Dir. Gen. 17 Enero 1876).

Artículo 2120.—Los que á la publicacion de esta ley tuvieren gravados sus bienes con alguna hipoteca tácita de las comprendidas en los artículos 2117 y 2118 (353 y 354 de la ley), podrán exigir en cualquier tiempo de la persona á cuyo favor tengan dicha obligacion, que acepte en su lugar una hipoteca especial y expresa suficiente.

Si dicha persona se negare á aceptar la

(1) Sents. 10 Junio 1871, 27 Marzo, 14 Abril y 17 Junio 1874.

hipoteca ofrecida, ó si aceptando la oferta no hubiere conformidad entre los interesados sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en garantía, decidirá el Juez ó el Tribunal en la forma prevenida en el art. 1872 (165 de la ley).

Estas hipotecas surtirán su efecto, segun la regla establecida en el art. 2116 (352 de la ley).

ORÍGENES

Art. 356, ley Hipotecaria.

Artículo 2121.—Lo dispuesto en los artículos que preceden no altera ni modifica la preferencia concedida por las leyes en los bienes que no sean inmuebles ni derechos reales impuestos sobre los mismos, á las personas á cuyo favor se hayan constituído hipotecas legales.

ORÍGENES

Art. 357, ley Hipotecaria.

Artículo 2122.—Los que á la publicacion de esta ley tengan á su favor alguna accion resolutoria ó rescisoria procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto, en cuanto á tercero, sin su inscripcion, conforme á los artículos 1897, 1917 y 2025 (16, 36 y 141 de la ley), podrán ejecutarla dentro de sesenta días, contados desde que empiece á regir la misma ley, si ántes de hacerlo no hubiere prescrito.

ORÍGENES

Art. 358, ley Hipotecaria.

Artículo 2123.—Si los derechos á que se refiere el artículo anterior no fueren exigibles dentro de los sesenta días, por no haberse cumplido la condicion de que dependan, podrá el que los tenga á su favor pedir que se los asegure con hipoteca especial la misma persona obligada, y en su caso el tercer poseedor de los bienes que lleven consigo la obligacion.

ORÍGENES

Art. 359, ley Hipotecaria.

Artículo 2124.—Trascurridos los sesenta días sin haberse hecho uso de las acciones resolutorias ó rescisorias á que se refiere el artículo 2122 (358 de la ley), ó sin haberse obtenido la garantía de que trata el 2123 (359 de la ley), no se podrán ejercitar las expresadas acciones en perjuício de tercero, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial.

ORÍGENES

Art. 360, ley Hipotecaria.

Artículo 2125.—El importe, la suficiencia y los efectos de la hipoteca que deba constituírse, conforme á lo prevenido en el art. 2123 (359 de la ley), se determinarán por las reglas establecidas en los artículos 2029 y 2030 (348 y 349 de la ley).

ORÍGENES

Art. 361, ley Hipotecaria.

Artículo 2126.—Las hipotecas legales existentes á la publicacion de esta ley á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios, se inscribirán dentro de los noventa días prefijados en el art. 2028 (347 de la ley), como anotaciones preventivas. Los acreedores refaccionarios podrán hacer la anotacion en dicho plazo, no solamente por las cantidades entregadas, sinó tambien por las que entregaren durante el expresado término.

Respecto á las primeras, surtirá efecto la anotacion desde que se entregaren, y en cuanto á las segundas, desde su fecha.

ORÍGENES

Art. 362, ley Hipotecaria.

Artículo 2127.—Tendrán derecho á promover la inscripcion de las hipotecas legales expresadas en el art. 2117 (353 de la ley), dentro del plazo señalado en el art. 2028 347 (de la ley):

En el caso del número primero de dicho artículo 2117 (353 de la ley), las direcciones

generales de la administracion del Estado y los gobernadores de las provincias, cuando les corresponda, en la forma que prescriban los Reglamentos.

En los casos de los números segundo y tercero, el marido y la mujer en su caso.

En el caso del número cuarto, los ascendientes, los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto los Jueces municipales.

En el caso del número quinto, el hijo, si fuere mayor de edad, y si no lo fuere, las personas que designa el art. 205.

En el caso del número sexto, los guardadores, los ascendientes, los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto los Tribunales de partido que hayan autorizado la enajenacion.

En los casos de los números sétimo, octavo y noveno, los mismos interesados ó sus representantes legítimos.

ORÍGENES

Art. 363, ley Hipotecaria.

Artículo 2128.—Para inscribir dentro de los noventa días las hipotecas legales expresadas en el art. 2117 (353 de la ley), se presentará el título en cuya virtud se hayan constituído como hipotecas especiales.

Si no existiere título, será indispensable mandamiento judicial.

ORÍGENES

Art. 364, ley Hipotecaria.

Artículo 2129.—Los que hubieren inscrito á su favor el dominio de bienes inmuebles ó derechos reales podrán liberarlos, en cuanto á tercero, de cualesquiera hipotecas legales ó derechos no inscritos á que estuvieren ó pudieren estar afectos; de las cargas no inscritas ni aseguradas con hipoteca inscrita, procedentes de los derechos á que se refiere el art. 2118 (358 de la ley); de los derechos que si bien hubieren sido registrados en los libros que llevaban los antiguos contadores de hipotecas, no hubiere podido determinar el registrador á cuyo cargo estén dichos libros, los bienes á que afectan, por ser defectuosas las inscripciones; y de todas las acciones rescisorias ó resolutorias que pudieran ejercitarse, con inclusion de las que tuvieren los que anteriormente hubieran registrado sus títulos relativos á las mismas fincas ó derechos, por no habérseles hecho la notificacion prescrita en el art. 1915 (34 de la ley.)

Si el que pretende la liberacion tuviere inscrito el dominio de los bienes inmuebles ó derechos reales en los libros del Registro anteriores á 1.° de Enero de 1863, no podrá darse curso á la demanda de liberacion si no se trasladan previamente las inscripciones á los nuevos libros del Registro.

ORÍGENES

Art. 365, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

El ser desconocidos para el registrador los causa-habientes de la persona á cuyo favor aparece hecho el asiento de un gravámen, no es una razon legal para prescindir de los requisitos necesarios en toda cancelacion, porque, en el caso de no existir ningun representante legítimo del último adquirente, corresponderían al Estado los derechos inscritos, con arreglo á la ley de 9 de Mayo de 1835 (Res. Dir. Gen. 16 Abril 1878).

Artículo 2130.—Compete exclusivamente declarar la liberacion al del Tribunal del partido en que radiquen los bienes ó derechos reales á que la misma se refiera.

Si se pretendiere liberar una finca situada en dos ó más partidos, será Tribunal competente el del partido en que esté la parte principal, debiendo considerarse ésta la que contenga la casa-habitacion del dueño, ó en su defecto la casa labor, y si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida.

En el caso de que la finca á que se refiera la liberacion fuera un ferro-carril, canal ú otra obra de igual ó parecida naturaleza que atraviese varios partidos, se considerará parte principal, para los efectos del párrafo anterior, la en que esté situada la cabecera ó arranque de la obra.

ORÍGENES

Art. 366, ley Hipotecaria.

Artículo 2131.—Los registradores de la propiedad serán los encargados de instruir los expedientes de liberacion.

Podrá instruirse un solo expediente para todos los bienes comprendidos en el territorio de un Registro, siempre que dicho territorio corresponda á un partido.

Si correspondiere á dos ó más partidos, se instruirá un expediente para cada uno de los en que radiquen bienes que se pretenda liberar.

ORÍGENES

Art. 367, ley Hipotecaria.

Artículo 2132.—La instruccion de los expedientes de liberacion se sujetará á las reglas siguientes:

Primera. El interesado presentará al registrador que corresponda un escrito por cada uno de los expedientes que deban instruirse.

Segunda. En el escrito se describirán los bienes ó derechos reales cuya liberacion se solicite, expresándose las cargas á que estén afectos y deban quedar subsistentes no obstante la liberacion, las hipotecas legales y derechos no inscritos, como tambien las acciones rescisorias ó resolutorias que pudieran ejercitarse contra los bienes, si las hubiere y fueren conocidas; los nombres de las personas interesadas en las expresadas hipotecas, derechos y acciones y sus domicilios, si se supieren; los nombres de la mujer é hijos del demandante, si los tuviere, determinando su edad, estado y domicilio, y los nombres de los que en los veinte años precedentes hubieren tenido, segun el Registro, aquellos bienes ó derechos; y se pedirá que se señale el término de noventa días, ó para solicitar la constitucion de una hipoteca especial en sustitucion de la general, ó para ejercer los derechos y acciones que tuvieren las referidas personas ó cualesquiera otras; bajo apercibimiento de que no haciéndolo dentro de dicho plazo, se tendrán por extinguidas las expresadas hipotecas legales, derechos ó acciones, en cuanto á tercero, que despues adquiera dominio ó derecho real sobre cualesquiera de los bienes que se liberen.

Tercera. El registrador certificará á continuacion del mismo escrito la conformidad de su contenido con el resultado de los libros, si así fuera, ó las diferencias que hubiere.

Si las diferencias fueren esenciales, devolverá el escrito al interesado para que lo rectifique ó use de su derecho.

Si no fueren esenciales ó se rectificaren las de esta clase que hubieren resultado acordará el registrador que se practiquen las diligencias pedidas en el escrito de liberacion, y dará cuenta al presidente del Tribunal del partido que corresponda.

Cuarta. En el caso de pretenderse la liberacion de una finca situada en el territorio de varios Registros, el registrador que instruya el expediente oficiará á los de los demas territorios á fin de que libren la certificacion prevenida en la regla precedente, cada uno por la parte de finca que corresponda, para lo cual acompañará aquél copia sustancial de la demanda en lo que fuere necesario.

Quinta. Serán notificados personalmente ó por cédula, con sujecion á lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Primero. La mujer é hijos del demandante, si los tiene; y si son de menor edad, sus curadores, ó en su defecto el representante del Ministerio fiscal.

Segundo. Las personas, si existieren, ó sus representantes legítimos que del escrito de liberacion ó del registro resulten interesadas en cualesquiera hipotecas legales, derechos ó acciones que deban extinguirse por la liberacion.

Tercero. Las personas, si existieren, que en los veinte años anteriores hubieran tenido, segun el Registro, el dominio de los bienes ó derechos que se pretende liberar y á las cuales no se hubiera hecho la notificacion prevenida en el art. 1915 (34 de la ley).

Sexta. Al notificarse á cada interesado la pretension del demandante, se le entregará una cédula firmada por el registrador, que exprese:

Primero. El nombre, apellido, domicilio, estado y profesion del actor.

Segundo. Los bienes descritos en la demanda de liberacion.

Tercero. La designacion de los que pretenda liberar, si no fueren todos.

Cuarto. La especie de hipoteca legal, derecho ó accion en que pueda estar interesado el notificado.

Y quinto. El término de los noventa días para reclamar, y el Tribunal donde deba proponerse la reclamacion.

Sétima. Las notificaciones se harán por el mismo registrador, con sujecion á los ya citados artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, si los notificados tienen su domicilio en el mismo pueblo del Registro.

Si le tienen fuera de dicho pueblo, pero dentro del territorio del Registro, el registrador pasará comunicacion al Juez municipal que corresponda, á fin de que disponga que por un Notario se practique la notificacion. Si reside fuera del referido territorio, el registrador lo manifestará al Presidente del Tribunal del partido, á fin de que éste libre el exhorto que fuere necesario.

Octava. Cuando la finca que se trate de liberar estuviere hipotecada en favor de la Hacienda pública, se hará la notificacion al Gobernador de la provincia respectiva, ó al Director general á quien corresponda el negocio que haya dado lugar á la hipoteca.

Novena. La notificacion á todos los demas que pudieren ser interesados, se hará por edictos, que se fijarán en los sitios de costumbre de los pueblos donde se halla establecido el Registro, y del que fuere cabeza de partido en caso de ser distintos, y donde estén situados los bienes á que se refiera la liberacion, cuyos edictos se publicarán ademas en los periódicos oficiales de la provincia.

Los edictos prevenidos en el párrafo anterior expresarán:

Primero. El nombre, apellidos, domicilio, estado y profesion del actor.

Segundo. La relacion de los bienes que éste pretenda liberar, indicando su situacion, nombre, número, cabida y linderos del título de su última adquisicion, y el nombre de su anterior propietario.

Tercero. Los gravámenes que tuvieren dichos bienes y hayan de quedar subsistentes no obstante declararse la liberacion.

Cuarto. Las hipotecas legales, derechos ó acciones á que estuvieren ó pudieren estar afectos los mismos bienes, segun el escrito del actor, y hubieren de quedar extinguidos por la liberacion si no se reclaman.

Quinto. El término de los noventa días para deducir las reclamaciones en el Tribunal del partido á que corresponda el pueblo del Registro, con el apercibimiento correspondiente.

Décima. El término de los noventa días principiará á correr desde la fecha del *Boletin Oficial* de la provincia en que se publique el edicto, siempre que ántes se hubieren hecho todas las notificaciones prescritas en las reglas sétima y octava. Si no se hubieren hecho, comenzarán á correr los noventa días desde el de la última notificacion que se verificare para todos los interesados que tuvieren que hacer alguna reclamacion.

Undécima. Durante el término de los noventa días, el expediente de liberacion estará de manifiesto en la oficina del registrador que le instruya, á fin de que puedan examinarle todos los que tengan en ello algun interes.

Duodécima. Concluido el término de los noventa días, y unidas al expediente todas las diligencias que acrediten las notificaciones y fijacion de edictos, y un ejemplar de los periódicos oficiales en que los últimos se hayan publicado, el registrador lo remitirá al presidente del Tribunal del partido que corresponda.

ORÍGENES

Art. 368, ley Hipotecaria.

Artículo 2133.—Las reclamaciones que se

hubieren deducido en el referido Tribunal del partido á consecuencia de la demanda de liberacion, no tendrán curso hasta que el registrador remita el expediente segun lo prevenido en la regla anterior; pero ántes de ello podrán sustanciarse los incidentes sobre declaracion de pobreza, los relativos á que se libren copias ó testimonios de documentos públicos que hayan de servir de fundamento de las reclamaciones, y cualesquiera otros de reconocida urgencia, á juício del presidente del Tribunal del partido.

ORÍGENES

Art. 369, ley Hipotecaria.

Artículo 2134.—Si alguno solicitare la constitucion de hipoteca especial, se dará traslado al actor, procediéndose en la forma prevenida en el art. 1872 (165 de la ley).

Si fueren varios los que solicitaren tales hipotecas, se sustanciarán todas las reclamaciones en un solo juício, y hasta que se dicte sentencia firme sobre ellas, no se declarán liberados ningunos bienes.

Si se hubieren ejercitado algunos derechos y acciones que afecten á la totalidad de los bienes que se pretende liberar, se sustanciarán en un solo juício, si esto fuere compatible con la naturaleza y objeto de las reclamaciones.

En el caso de que las acciones ejercitadas afecten solamente á determinados bienes, se sustanciarán separadamente.

Los trámites de los juícios que deban seguirse á consecuencia de las reclamaciones á que se refieren los dos párrafos anteriores, serán los procedentes segun las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 370, ley Hipotecaria.

Artículo 2135.—Si no se hubiere hecho reclamacion alguna contra los bienes objeto de la liberacion, ó los que tuvieren derecho á pedir la constitucion de la hipoteca especial lo renunciaren respecto de dichos bienes, ó se hubieren terminado los juícios promovidos contra la totalidad de los mismos bienes, ó hubiere algunos de éstos á los cuales no afectasen las reclamaciones propuestas, el Presidente del Tribunal del partido comunicará el expediente de liberacion al Fiscal, á fin de que manifieste si se han guardado en el referido expediente las formalidades prevenidas en esta ley, determinando los bienes ó derechos que puedan ser liberados.

Si el Fiscal del partido encontrare algunos defectos, se acordará que se subsanen, como tambien los que el Tribunal estimare que deben subsanarse; y verificado, se pronunciará la sentencia de liberacion.

ORÍGENES

Art. 371, ley Hipotecaria.

Artículo 2136.—La sentencia de liberacion expresará:

Primero. El nombre, situacion, número, cabida, linderos y pertenencia de cada una de las fincas que se liberen.

Segundo. La circunstancia de haberse dictado despues de sustanciarse ó no otros juícios, indicándose cuáles hayan sido.

Tercero. La de haberse constituído hipoteca ó hipotecas especiales en seguridad de derechos que ántes estuvieron garantizados con hipotecas legales ó gravámenes no inscritos, ó la de no haberse constituído tales hipotecas por renuncia de los interesados, ó por no haberse reclamado, ó por no haberlas.

Cuarto. Los gravámenes á que quedan afectos los bienes no obstante la liberacion.

Quinto. La de quedar libres dichos bienes de toda carga no inscrita é hipoteca legal, en cuanto á tercero que despues adquiera dominio ó derecho real en los mismos bienes.

La sentencia se hará notoria en los términos prevenidos en el primer párrafo de la regla novena del art. 2132 (368 de la ley).

ORÍGENES

Art. 372, ley Hipotecaria.

Artículo 2137.—En los diez días siguientes á la publicacion del edicto en el *Boletin Oficial* de la provincia, pueden apelar de la sentencia de liberacion para ante la Audiencia del distrito los que hubieren sido por ella perjudicados y acreditaren que por fuerza mayor ó por otra causa les hubiere sido materialmente imposible reclamar su derecho en el término de los noventa días expresados en la regla décima del citado art. 2132 (368 de la ley).

De la sentencia de la Audiencia podrá interponerse el recurso de casacion que corresponda.

Si no se apelare en los diez días, ó se terminare ejecutoriamente la apelacion que se hubiere interpuesto, confirmándose la sentencia de liberacion, no podrá interponerse contra ésta recurso alguno en perjuício de tercero, ni áun por el beneficio de la restitucion.

ORÍGENES

Art. 373, ley Hipotecaria.

Artículo 2138.—El Tribunal del partido dispondrá que se libre y entregue al interesado testimonio de la sentencia para que pueda presentarlo en el Registro que corresponda, y que se archive el expediente.

Si se hubiere liberado una finca enclavada en los territorios de varios Registros, se librará un testimonio para cada uno de ellos, debiendo limitarse á los bienes que en él radiquen.

ORÍGENES

Art. 374, ley Hipotecaria.

Artículo 2139.—El registrador á quien se presente el testimonio de la sentencia, pondrá en los registros particulares de las fincas ó derechos liberados una nota que exprese la referida circunstancia, indicando brevemente el contenido de dicha sentencia en la parte relativa á cada finca. Verificado esto, conservará archivado en el Registro el testimonio.

ORÍGENES

Art. 375, ley Hipotecaria.

Artículo 2140.—En los expedientes de liberacion no será precisa la intervencion de abogados y procuradores.

El papel sellado que se emplee será el del sello 9.°

Los registradores podrán exigir, por la certificacion prescrita en la regla tercera del art. 2132 (368 de la ley), los honorarios fijados en el arancel que acompaña á esta ley; por las notificaciones que hagan y edictos que se fijen, los derechos que correspondan á los secretarios de los Tribunales de partido por iguales diligencias, segun el arancel que rija para los asuntos judiciales; y por las notas de las sentencias puestas en los registros particulares de los bienes, una peseta por cada nota.

En los Tribunales de partido se devengarán los derechos que correspondan, segun el indicado arancel.

ORÍGENES

Art. 376, ley Hipotecaria.

Artículo 2141.—Los que sólo hubieren inscrito la posesion de bienes inmuebles ó derechos reales, podrán liberarlos con sujecion á lo prescrito en los artículos precedentes desde el 2129 (365 de la ley), con las modificaciones siguientes:

Primera. En el escrito en que se pida la liberacion, en las cédulas que deben entregarse á los notificados y en los edictos, se expresará la fecha de la inscripcion ó las fechas de las inscripciones de posesion.

Segunda. El término de los noventa días, prefijado en el artículo 2132 (368 de la ley), será de ciento ochenta.

Tercera. La demanda de liberacion se notificará necesariamente al alcalde del pueblo en cuyo término radiquen los bienes que se pretenda liberar.

ORÍGENES

Art. 377, ley Hipotecaria.

Artículo 2142.—Los que no teniendo inscrito ni el dominio ni la posesion de bienes inmuebles ó derechos reales, quisieren inscribir dicho dominio con las formalidades que se expresarán en el art. 2166 (404 de la ley) y siguientes, podrán solicitar la liberacion en el mismo expediente, que deberá instruirse en el Tribunal del partido donde radiquen los bienes, siempre que el escrito, las cédulas que han de darse á los notificados y los edictos, comprendan las circunstancias prescritas en dichos artículos y en el 2132 (368 de la ley).

El Tribunal del partido procederá tambien con sujecion á lo prevenido en aquellos artículos y en los 2133, 2134, 2135 y 2136 (369, 370, 371, 372 y 373 de la ley), con las alteraciones indispensables por la diferencia de los casos.

ORÍGENES

Art. 378, ley Hipotecaria.

Artículo 2143.—Las inscripciones de dominio que se verifiquen en virtud de la sentencia dictada en los expedientes á que se refiere el artículo anterior, contendrán la circunstancia de quedar los bienes liberados con la breve indicacion de la sentencia en lo relativo á este extremo.

ORÍGENES

Art. 379, ley Hipotecaria.

Artículo 2144.—Los que no hubieren inscrito ni el dominio ni la posesion de bienes inmuebles ó derechos reales y quisieren inscribir solamente la posesion, no podrán promover el expediente de liberacion de dichos bienes ó derechos sinó despues de haber obtenido la referida inscripcion, procediéndose en dicho caso con arreglo á lo prescrito en el art. 2141 (377 de la ley).

ORÍGENES

Art. 380, ley Hipotecaria.

Artículo 2145.—Los bienes adquiridos por herencia ó legado no pueden ser liberados sinó despues de trascurridos cinco años desde la fecha de su inscripcion en el Registro.

ORÍGENES

Art. 381, ley Hipotecaria.

Artículo 2146.—Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior los bienes adquiridos por herederos necesarios.

ORÍGENES

Art. 382, ley Hipotecaria.

Artículo 2147.—El que á la publicacion de esta ley tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital, con arreglo á lo prescrito en el art. 1829 (119 de la ley).

Si una solo de las fincas gravadas bastare para responder de dicha suma, tambien podrá exigirse que se reduzca á ella el gravámen.

Si dos ó más de las mismas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una deberá ser suficiente para responder del triplo de la parte del capital que se señale.

ORÍGENES

Art. 383, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La cesion en pago de cierta parte de una cosa hipotecada no puede producir el efecto de librarla del gravámen á que toda ella se halla sujeta, ínterin dicho gravámen no se redima (Sentencia 21 Octubre 1864).

Los artículos 383 y siguientes de la ley Hipotecaria, al autorizar la division y reduccion de censos é hipotecas voluntarias, se refieren

clara y expresamente al caso en que estos gravámenes afecten á diferentes fincas determinadas y concretas, constituyendo ya verdaderas hipotecas especiales (Sent. 30 Mayo 1871).

Artículo 2148.—El acreedor ó censualista podrá tambien exigir la division y reduccion del gravámen en el caso previsto en el artículo anterior, si no lo hiciere el deudor ó censatario.

ORÍGENES

Art. 384, ley Hipotecaria.

Artículo 2149.—Si los bienes acensuados ó hipotecados en la forma expresada en el art. 2147 (383 de la ley) no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, sólo se podrá exigir la division de dicho capital entre los mismos bienes, en proporcion á lo que respectivamente valieren, pero no la liberacion de ninguno de ellos.

ORÍGENES

Art. 385, ley Hipotecaria.

Artículo 2150.—La division y reduccion de los censos é hipotecas de que tratan los anteriores artículos se verificarán por acuerdo mutuo entre todos los que puedan tener interes en la subsistencia de unos ú otras.

Si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuere persona incierta, se decretarán dichas division y reduccion por el Tribunal en juício ordinario, y con audiencia del fiscal del partido, si hubiere interesados inciertos ó desconocidos.

ORÍGENES

Art. 386, ley Hipotecaria.

Artículo 2151.—Verificándose la division y reduccion del censo é hipoteca de conformidad entre los interesados, se hará constar por medio de escritura pública.

Cuando haya precedido juício y recaído sentencia, el Tribunal expedirá el correspondiente mandamiento.

Se considerarán comprendidos en este artículo, y en los precedentes desde el 2147 (383 de la ley), los censos y censales no impuestos sobre fincas determinadas, pero asegurados con hipoteca general de todos los bienes de los que los constituyeron, y en su consecuencia podrá exigir el censualista que se imponga el gravámen de la pension sobre bienes señalados que posea el censatario, cuando éste no lo haga voluntariamente.

Igualmente se considerarán comprendidos en las disposiciones de los artículos que preceden, los foros de Galicia, cuando se esté pagando la renta sin poder determinar los interesados las fincas gravadas.

ORÍGENES

Art. 387, ley Hipotecaria.

Artículo 2152.—Mediante la presentacion de la escritura ó del mandamiento judicial, en su caso, se inscribirá en el Registro la nueva hipoteca ó gravámen en la forma que quede constituído, y se cancelarán los anteriores que deban reemplazar, si estuvieren inscritos.

ORÍGENES

Art. 388, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO II

DE LA INSCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS Y NO INSCRITAS ANTES DE LA PUBLICACION DE LA PRESENTE LEY (1)

Artículo 2153.—Los que á la publicacion de esta ley hayan adquirido y no inscrito bienes ó derechos que segun ella deban registrarse, podrán inscribirlos con los beneficios expresados en los dos artículos siguientes, en el término de ciento ochenta días, contados desde la fecha en que la misma ley empiece á regir.

---

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:

INSCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS Y NO INSCRITAS ÁNTES DE LA PUBLICACION DE LA PRESENTE LEY.—Siempre que se hacen cambios profundos en la legislacion, se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva ley sea pronto ejecutada, para que se consigan los beneficiosos resultados que de la innovacion se esperan. Respecto á la inscripcion de los derechos reales y de las hipotecas en los Registros, no sólo se ha procurado esto siempre que se han hecho algunas reformas importantes, sinó que ha sido frecuente señalar nuevos plazos dentro de los cuales pudieran, sin temor á penalidad alguna, librarse los interesados de los perjuicios que segun el tenor literal de las leyes debieran experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripcion. No debía ser más severo el Proyecto respecto á las omisiones que pueden haberse cometido con arreglo á las leyes anteriores, ni desechar un medio tan eficaz para conseguir que sean registrados los actos y contratos que segun la reforma deben estar inscritos en los Registros. Los estímulos que la ley establece son la fijacion de un plazo, dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley, y la relajacion del rigor con que las disposiciones fiscales castigaban á los omisos.

El plazo se ha fijado en un año desde el día en que la nueva ley empiece á regir; término que, si bien no es muy largo, basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones. Los que dentro de un año acudan á inscribir títulos referentes á adquisiciones de inmuebles ó derechos reales verificados noventa ó más dias ántes de la publicacion de la ley, se eximirán de pagar el derecho de hipotecas y las multas, satisfaciendo sólo al registrador la mitad de los honorarios señalados á la inscripcion. La fijacion de los noventa dias tiene por objeto evitar los abusos que á la sombra de un indulto, que se da por omisiones pasadas, podrian cometerse, defraudando al Estado de lo que debia percibir en virtud de adquisiciones recientes ó de las posteriores á la ley. De igual beneficio gozarán las inscripciones de adquisiciones verificadas dentro de los noventa dias expresados, cuando con arreglo á las leyes y disposiciones actuales no deben inscribirse, pero no las que debieron registrarse, las cuales quedan enteramente sujetas al rigor antiguo.

Aun despues de pasado el año no se cierra la puerta á los interesados para que puedan hacer la inscripcion de adquisiciones anteriores á la ley, si bien entónces devengarán derechos y honorarios dobles de los que les estuvieren respectivamente señalados.

La pena de nulidad por defecto de inscripcion no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto, que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripcion entre los que son parte en el acto ó contrato en que debe hacerse, limitándose á salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio ú otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas ó responsabilidades que no aparecían en el Registro.

De todos modos, es claro que la inscripcion nueva que se haga no debe ser de mejor condicion que las hechas oportunamente en adelante, y que no puede, por lo tanto, perjudicar á tercero sinó desde el día de la inscripcion.

Respecto á los derechos adquiridos ántes de la nueva ley, y que segun ésta dan lugar á anotaciones preventivas, se establecen reglas precisas para que los interesados puedan obtenerlas, siguiendo siempre el espíritu que prevalece en todo el Proyecto.

Pero la más firme garantía del cumplimiento de la ley, tanto respecto á los derechos antiguos como á los que de nuevo se constituyan, está en la prohibicion que expresamente se establece en admitir en los Juzgados, Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno ningun documento de que no se haya tomado razon, si por él se constituye, trasmite, reconoce, modifica ó extingue derecho sujeto á inscripcion. De seguro que cuando todos vean que esta prescripcion es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los Tribunales aplican con todo rigor la ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omision culpable puede ocasionarles.

ORÍGENES

Art. 389, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

El valor legal de los documentos hipotecarios anteriores á la promulgacion de la ley Hipotecaria vigente, hay que estimarle por la legislacion del tiempo en que se otorgaron (Sent. 16 Marzo 1869).

Hasta la promulgacion de la actual legislacion hipotecaria, los documentos sujetos á registro quedaban completamente habilitados si se registraban ántes de su presentacion en juício. Dicha habilitacion produce sus efectos con relacion á la fecha en que el documento se otorgó y no á la en que se registró (Sent. 2 Abril 1869).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina de los artículos 389 y 391 de la ley Hipotecaria, los queá la publicacion de la misma hubieren adquirido y no inscrito bie-

---

La Comision no podía hacer caso omiso de un hecho demasiado general, por desgracia, en nuestra patria. Esta es la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad otros ú derechos reales que legítimamente les corresponden. Debido es esto, ya á la subdivision excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya á las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya á los incendios y ruinas que en la serie de los siglos han tenido lugar, ya al poco esmero en la conservacion de los archivos, ya, por último, á la incuria de los propietarios. Pero, cualesquiera que sean las causas, no puede desconocerse que esta falta de titulacion hace desmerecer mucho á la propiedad, la cual aparece sospechosa ó insegura, y por consiguiente falta del valor que sin tales circunstancias tendria á los ojos de los que, deseando adquirirla, creyeran poder hacerlo sin riesgo.

De aquí resulta la necesidad de procurar que á la titulacion perdida ó nunca formada reemplace una titulacion nueva; la cual, si bien no podrá inspirar desde luégo tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesion, y con el trascurso del tiempo y con llegar á ser más antigua que la prescripcion más larga, será tan buena y tan segura como la titulacion más completa. Este es uno de los puntos más interesantes de la ley.

No puede dudar la Comision cuál debe ser el principio de esta titulacion nueva. Por más que las informaciones de testigos sean poco apreciables, tratándose de cuestiones sobre derechos, son frecuentemente las únicas pruebas posibles cuando se ha de acreditar la existencia de un hecho. Admítese, pues, este modo de probar en la imposibilidad de otro mejor, por no existir la titulacion antigua y por haber desaparecido las huellas para encontrarla. Con esmerada diligencia ha procurado la Comision fijar la forma y requisitos de estas informaciones, declarando que su objeto es hacer constar la posesion en que está el reclamante del derecho que desea inscribir, señalar los documentos que han de presentarse, la autoridad ante quien debe promoverse el juício, con audiencia del promotor fiscal, ó del síndico del Ayuntamiento en su caso, si se trata de la inscripcion del dominio, y con la del propietario y de los demas partícipes en la propiedad si se quiere justificar la posesion de un derecho real, el número de testigos, sus cualidades, el modo de probarlas, la extension de sus declaraciones, la responsabilidad en que incurren por la inexactitud de sus dichos, el modo de salvar los derechos de los partícipes que estén ausentes, la forma de entablar las reclamaciones contra la inscripcion, la clase de juício en que han de ventilarse, la resolucion de los expedientes, y las circunstancias que debe tener la inscripcion decretada por el juez.

Pero no contenta la Comision con estas precauciones, propone que los registradores, ántes de hacer inscripciones en virtud de informacion, examinen cuidadosamente el Registro para asegurarse de las relativas á la finca, que por consecuencia del nuevo asiento puedan quedar total ó parcialmente canceladas; que si de esta averiguacion resulta algun asiento de adquisicion de dominio no cancelada que se halle en contradiccion con el hecho justificado, suspendan la inscripcion, tomando una anotacion preventiva, hasta que, enterado el juez y oída la persona que en el asiento aparezca interesada, confirme ó revoque el auto de aprobacion; mas si sólo resulta haber un asiento no caducado de censo, de hipoteca ó de otro derecho real impuesto sobre la finca que ha de inscribirse, entónces que se haga expresion de él en la inscripcion que se extienda.

Cree, pues, la Comision que ha hecho lo posible para que la nueva titulacion no tenga por base la sorpresa ó el despojo, y para que los derechos bastardos no se sobrepongan á los legítimos, al satisfacer la necesidad, por todos reconocida, de establecer los medios para que toda propiedad que carezca de títulos pueda llegar á obtenerlos.

Mas estas informaciones, por más que se haya procurado rodearlas de cuantas precauciones son posibles para que correspondan á su objeto, no pueden favorecer ni perjudicar á terceros sinó desde la fecha de su inscripcion: por ella no toma la posesion más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen, ni se perjudica siquiera al verdadero propietario, aunque no tenga inscrito su título: todos los derechos conservan su antigua naturaleza: la cabeza de la nueva titulacion sólo podrá de pronto producir efecto contra los que tengan títulos más débiles, y sólo con el trascurso del tiempo, si no aparece alguno que acredite mejor derecho, será un título verdadero de propiedad, porque la posesion continuada, el concepto público de dueño y el lapso de una larga serie de años, concluyen por introducir la presuncion *juris et de jure*, de que el poseedor es dueño de la cosa, abriendo la puerta áun sin título ni buena fe á las prescripciones extraordinarias.

A poco que se medite, nadie desconocerá que no puede ser extensivo á la hipoteca este modo supletorio de justificar los demas derechos reales; en todos ellos hay posesion, y el hecho de la posesion es lo que se prueba por la informacion: en la hipoteca la cuestion no es de hecho, porque el acreedor hipotecario no posee; consiste sólo su derecho en ser reintegrado con el valor de la finca sobre que ha prestado.

nes inmuebles, pueden inscribirlos presentando los documentos que acrediten la adquisicion del dominio á favor de ellos, cuya inscripcion deberán practicar los registradores, sin averiguar el título en virtud del que poseyeran el mismo derecho los anteriores dueños, como lo declaró expresamente la Comision de Códigos que redactó la ley Hipotecaria, en la exposicion de motivos que precede al proyecto adicional de 11 de Abril de 1864.

Para negar la inscripcion de las referidas escrituras no es razon bastante la omision de los linderos de las fincas, porque este defecto puede suplirse, presentando otros documentos, y si éstos no fuesen suficientes, con la nota adicional prevenida en los articulos 21 y 314 del Reglamento general (Res. Dir. Gen. 10 Setiembre 1875).

Artículo 2154.—Si las adquisiciones de inmuebles ó derechos de que trata el artículo anterior se hubieren verificado noventa días ántes ó más del día 1.° de Enero de 1863, se inscribirán libres del derecho de hipotecas y de la multa en que el propietario haya podido incurrir, y pagándose solamente al registrador la mitad de los honorarios que estuvieren señalados á la inscripcion respectiva.

Si la adquisicion se hubiere verificado dentro de dicho período y no fuere de las que debían inscribirse segun las leyes y disposiciones anteriores, disfrutará tambien el beneficio establecido en el párrafo precedente.

Si fuere de las que debían inscribirse segun dichas disposiciones, se verificará la inscripcion con arreglo á lo que éstas determinaran en cuanto á los derechos, multas y honorarios del registrador.

ORÍGENES

Art. 390, ley Hipotecaria.

Artículo 2155.—Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de ciento ochenta días, conforme á lo dispuesto en los dos anteriores artículos, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sinó desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones ó gravámenes á que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisicion.

Si constare tal derecho en los títulos, se retrotraerán los efectos de la inscripcion á la fecha en que se haya adquirido por el dueño.

ORÍGENES

Art. 391, ley Hipotecaria.

Artículo 2156.—Trascurrido el término de los ciento ochenta días, se podrán inscribir tambien los inmuebles ó derechos adquiridos ántes de 1.° de Enero de 1863; pero tales inscripciones, aunque se refieran á derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisicion, no perjudicarán ni favorecerán á tercero sinó desde su fecha, y devengarán los derechos y honorarios que les estuvieren respectivamente señalados.

ORÍGENES

Art. 392, ley Hipotecaria.

Artículo 2157.—El que á la publicacion de esta ley tuviere adquirido algun derecho de los que se pueden anotar preventivamente, segun lo dispuesto en los números primero, segundo, cuarto, quinto y sétimo del artículo 1923 (42 de la ley) podrá pedir su anotacion en el plazo de los ciento ochenta días señalado en el art. 2153 (389 de la ley), y la que obtuviese surtirá efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado con arreglo á la legislacion anterior.

Tambien podrá hacerse la anotacion despues de dicho plazo; pero en ningun caso surtirá efecto sinó desde su fecha.

ORÍGENES

Art. 393, ley Hipotecaria.

Artículo 2158.—En el caso comprendido en el número sexto del art. 1923 (42 de la ley) empezará á correr el término de los ciento ochenta días para pedir anotacion del legado cuyo derecho estuviere ya adquirido, desde la fecha en que principie á regir esta ley.

ORÍGENES

Art. 394, ley Hipotecaria.

Artículo 2159.—Los mandamientos de embargo de que aún no se haya tomado razon en los Registros, conforme á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, no surtirán efecto, en cuanto á tercero, sinó desde la fecha de su anotacion; pero sin perjuício de lo dispuesto en el número segundo del art. 1918 (37 de la ley) y en los artículos 1920, 1921 y 1922 (39, 40 y 41 de la ley) sobre enajenaciones hechas en fraude de acreedores.

ORÍGENES

Art. 395, ley Hipotecaria.

Artículo 2160.—Desde la publicacion de esta ley no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y en las oficinas del Gobierno, ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el Registro, por el cual se constituyeren, trasmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripcion segun la misma ley, si el objeto de la presentacion fuere hacer efectivo en perjuício de tercero el derecho que debió ser inscrito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá admitirse en perjuício de tercero el documento no inscrito y que debió serlo si el objeto de la presentacion fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito.

Tambien podrá admitirse el expresado documento cuando se presente para pedir la declaracion de nulidad y consiguiente cancelacion de algun asiento que impida verificar la inscripcion de aquel documento.

ORÍGENES

Art. 396, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

No trasmitiéndose en una escritura el dominio de bienes inmuebles, aunque se admita en juício sin estar inscrita, no se infringe el artículo 396 de la ley Hipotecaria (Sent. 23 Febrero 1860).

Para que los documentos anteriores á la ley 3.ª, tít. XVI, lib. X de la Nov. Rec., publicada en 1768, sean admisibles y hagan fe en juício al efecto de perseguir las fincas gravadas, es indispensable que á la presentacion en juício preceda el registro en los oficios de hipotecas, sin que baste ni pueda llenarse con oportunidad este requisito durante el término de prueba (Sent. 27 Octubre 1860).

La ley 3.ª, tít. XVI, lib. X de la Nov. Recopilacion, aunque prohibe que sean admitidos y se dé fe á los documentos que carecen de la inscripcion en el Registro de hipotecas, debiendo sujetarse á ella, no impide que pueda subsanarse el defecto (Sent. 17 Setiembre 1864).

La falta de inscripcion en el Registro de la propiedad, y áun de anotacion preventiva de una escritura de venta judicial, produce la ineficacia en juício, para terceras, personas del título contenido en la misma escritura (Sentencia 1.º Junio 1868).

El art. 396 de la ley Hipotecaria, relativo á la prohibicion de admitir en los Tribunales documentos no registrados, no es aplicable á la escritura de transaccion en que no se constituyen, trasmiten, reconocen, modifican ó extinguen derechos sujetos á inscripcion, segun dicha ley (Sent. 13 Diciembre 1870).

Con arreglo á los artículos 23, 27 y 396 de la ley Hipotecaria reformada, la falta de inscripcion de un título sujeto al Registro y su no admisibilidad en los Juzgados y Tribunales, solamente pueden ser reclamadas por tercero á quien el título perjudique (Sent. 14 Noviembre 1872).

Si bien el art. 396 de la ley Hipotecaria dispone que desde su publicacion no se admita en los Tribunales ni oficinas del Gobierno documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el Registro de la propiedad, esto se entiende cuando el objeto de la presentacion fuera hacer efectivo en perjuício de tercero el derecho que debió ser inscrito (Sent. 6 Octubre 1874).

Si ciertos testamentos no registrados los presentaron los demandantes con el objeto de acreditar la serie de instituciones hereditarias que se habian hecho con sus ascendientes hasta el que falleció últimamente, y no para pedir la declaracion de nulidad y consiguiente cancelacion de algun asiento que impidiere verificar la inscripcion de dichos documentos, su admision en juício no está comprendida en la excep-

cion establecida en el párr. 3.º del art. 396 de la ley Hipotecaria (Sent. 8 Febrero 1877).

Los artículos 2.º y 396 de la ley Hipotecaria, que se refieren á la necesidad de la inscripcion de los documentos que la requieren para su eficacia en juicio, son inaplicables tratándose de un pleito en que se había declarado ya ejecutoriamente que el que presentaba un testamento de su hermano sin inscribir, era el heredero y representante de los derechos de dicho su hermano (Sent. 19 Abril 1877).

Una sentencia que resuelve la cuestion de fondo debatida en los autos, ó sea la de si había ó no lugar á la demanda de tercería, no puede infringir los artículos 2.º y 396 de la ley Hipotecaria, que tratan únicamente de los títulos y documentos que por su índole están sujetos á inscripcion en el Registro de la propiedad, y de la necesidad de estos requisitos en los casos que el último expresa, para que sean admisibles en juicio, sin que sus disposiciones se extiendan á decidir acerca de los derechos que sobre la cosa litigiosa puedan asistir en cualquier concepto á las partes contendientes (Sentencia 21 Febrero 1877).

Artículo 2061.—El propietario que careciere de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesion ante el Tribunal de partido del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del Fiscal del mismo, si tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó la de los demas partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.

Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó término donde no resida el Tribunal del partido, podrá hacerse dicha informacion ante el Juez municipal respectivo, con audiencia del Fiscal municipal, en todos los casos en que debería ser oído el Fiscal del partido.

La intervencion del Ministerio fiscal se limitará á procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley.

ORÍGENES

Art. 397, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Aun cuando se haga la inscripcion de la posesion en los términos que prescribe el art. 97 de la ley Hipotecaria, esta inscripcion no perjudicará en ningun caso al que tuviere mejor derecho á la propiedad del inmueble, no obstante de que su título no hubiese sido inscrito (Sent. 16 Marzo 1866).

La informacion posesoria que sirvió para la inscripcion de unos bienes en el Registro de la propiedad es suficiente prueba de dominio miéntras no se presente otra más robusta en contrario. La sentencia que así no lo estima infringe los artículos 297 al 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 4 de Marzo 1867).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

La ley Hipotecaria ha procurado subsanar y remediar los inconvenientes y perjuicios que habían de experimentar los propietarios que careciesen de título justificativo de los inmuebles ó derechos reales, concediéndoles medios fáciles para reemplazar aquellos títulos, ya con las informaciones de posesion y certificados de los ayuntamientos y comisiones especiales de evaluacion de riqueza, ya, finalmente, con las disposiciones del Real decreto de 21 de Julio de 1871, dictadas para la inscripcion de los expresados derechos reales.

Aunque la simple manifestacion del interesado, hecha por escrito, haya sido estimada por algunos registradores como título ó documento fehaciente para acreditar el dominio de los inmuebles, semejante práctica es ilegal y no puede invocarse para resolver un recurso gubernativo, especialmente desde la publicacion de la ley Hipotecaria reformada, pues el segundo párrafo del art. 21, que no existía en la anterior, deroga y condena las prácticas más ó ménos autorizadas en algunos Registros, admitiendo como documentos justificativos de la adquisicion del dominio de los inmuebles, las relaciones juradas (Res. Dir. Gen. 30 Diciembre 1874).

Si de los asientos consta plenamente demostrado que el interesado ha adquirido el dominio de la referida finca por título de herencia, en cuya posesion legal y pública se halla cerca de *veinte años*, tiene en su virtud derecho, segun el Registro, para constituir la hipoteca que aparece en la escritura sobre que versa el recurso (Res. Dir. Gen. 22 Febrero 1878).

Los expedientes instruidos en los juzgados de primera instancia ó municipales para acreditar la posesion de bienes inmuebles ó derechos reales, con sujecion á lo dispuesto en los artículos 397 y siguientes de la ley Hipotecaria, deben considerarse como actos de jurisdiccion voluntaria, puesto que reunen las condiciones del artículo 1207 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En su consecuencia, es aplicable á dichos expedientes el precepto contenido en la regla 9.ª del art. 1208 de la expresada ley de Enjuiciamiento (Res. Dir. Gen. 9 Octubre 1878).

La ley Hipotecaria y demas disposiciones posteriores vigentes han concedido á los propietarios que careciesen de titulacion escrita ó no pudiesen fácilmente presentarla en los Registros respectivos, el recurso de inscribir el hecho material de la posesion acreditada en forma sin perjuício de tercero de mejor derecho, de cuya facultad es consecuencia lógica que, una vez inscrita la posesion de un inmueble, puede inscribirse la trasmision de éste á la imposicion de gravámenes, dando así la debida publicidad á los actos y contratos relativos á bienes inmuebles ó derechos, reales como se deduce de la exposicion de motivos de la ley y de la que precede al decreto de 10 de Febrero de 1875, Reales decretos de 11 Noviembre de 1864 sobre inscripcion de bienes nacionales y 23 Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875 sobre inscripcion de censos, foros, etc., etc. (Res. Dir. Gen. 28 Julio 1880).

Al autorizar el art. 397 de la ley Hipotecaria al propietario que careciere de títulos de dominio inscrito para que pueda inscribir su derecho, justificando previamente su posesion en expediente instruído con arreglo á lo prevenido en el art. 398, no establece limitacion alguna relativa á fincas que consten ya inscritas, bien sea por su formacion posesoria, bien por título de dominio.

Segun declaracion terminante del art. 402 de la citada ley, puede inscribirse la posesion de una finca, aunque ésta figure ya en el Registro á virtud, no ya de otra simple informacion posesoria, sinó de un título traslativo de dominio (Res. Dir. Gen. 4 Setiembre 1880).

Artículo 2162.—En la instruccion del expediente á que se refiere el precedente artículo, se observarán las siguientes reglas:

Primera. El escrito en que se pida la admision de la informacion expresará:

Primero. La naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre, número y cargas reales de la finca cuya posesion se trate de acreditar.

Segundo. La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesion se trate, y la naturaleza, situacion, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.

Tercero. El nombre y apellidos de la persona de quien se haya adquirido el inmueble ó derecho.

Cuarto. El tiempo que se llevare de posesion.

Quinto. La circunstancia de no existir título escrito, ó de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista.

Segunda. La informacion se verificará con dos ó más testigos, vecinos propietarios del pueblo ó término municipal en que estuvieren situados los bienes.

Tercera. Los testigos justificarán tener las cualidades expresadas en la anterior regla, presentando los documentos que las acrediten.

Contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el expediente y al tiempo que haya durado la posesion, y serán responsables de los perjuícios que puedan causar con la inexactitud de sus deposiciones.

Cuarta. El que trate de inscribir su posesion presentará una certificacion del alcalde del pueblo en cuyo término municipal radiquen los bienes, autorizada ademas por el regidor síndico y el secretario del Ayuntamiento; y si alguno de los dos primeros no supiese firmar, lo hará por él otro individuo del Municipio. En esta certificacion se expresará claramente, con referencia á los amillaramientos, catastros ú otros datos de las oficinas municipales, que el interesado paga la contribucion á título de dueño, determinándose la cantidad con que contribuye cada finca, si constase, y no siendo así se manifestará únicamente que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribucion que se hubiese repartido.

En los pueblos en que existan comisiones

especiales para la evaluacion de la riqueza inmueble y repartimiento de la contribucion, deberá acudirse á las mismas para obtener la certificacion á que se refiere el anterior párrafo, la cual se firmará por el Presidente y Secretario y por el Regidor Síndico del Ayuntamiento, si perteneciere á dichas comisiones.

Si no hubiere pagado ningun trimestre de contribucion por ser su adquisicion reciente, se dará conocimiento del expediente á la persona de quien proceda el inmueble, ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que oponer á su inscripcion.

Si el que la solicita fuere heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribucion que éste haya satisfecho, ú otro documento que acredite el pago.

Quinta. Si el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado estuviere ausente, el Juzgado ó el Tribunal le señalará para comparecer, por sí ó por medio de apoderado, el término que juzgue necesario segun la distancia.

Si se ignorase su paradero, ó si trascurrido dicho término no compareciere el citado, el Juzgado ó el Tribunal aprobará el expediente y mandará hacer la inscripcion del derecho, sin perjuicio del que corresponda á dicho partícipe, expresándose que éste no ha sido oido en la informacion.

La inscripcion en tal caso expresará tambien dicha circunstancia.

Sexta. Cualquiera que se crea con derecho á los bienes cuya inscripcion se solicite mediante informacion de posesion, podrá alegarlo ante el Tribunal competente en juicio ordinario.

La interposicion de esta demanda y su inscripcion en el Registro suspenderán el curso del expediente de informacion y la inscripcion del mismo, si estuviere ya concluido y aprobado.

ORÍGENES

Art. 398, ley Hipotecaria.
Ley 17 Junio 1877.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

No hay contradiccion entre la solicitud del marido para que se inscriban ciertas fincas procedentes de su mujer y la certificacion librada por el alcalde, de la cual resulta que el marido ha pagado la contribucion de título de dueño, porque la mujer pudo hacerle donacion entre vivos de las mismas fincas, con arreglo á la legislacion civil particular de Aragon, y esta donacion sería válida áun cuando no se hubiese otorgado escritura ó instrumento público para acreditar su existencia, lo cual se presume por el hecho de la posesion, supliéndose la falta del título mediante la certificacion del pago de contribucion, siquiera el marido haya indicado que las fincas procedan de su mujer y que ésta las hubo de su padre, cumpliendo lo preceptuado en el número 3.°, regla 4.ª, art. 398 de la ley Hipotecaria (Res. Dir. Gen. 21 Diciembre 1873).

Cuando no pueda cumplirse lo mandado en la regla 4.ª del art. 398 de la ley Hipotecaria, bastará una certificacion expresiva de que la finca ó fincas de que se trate no resultan incluidas en el repartimiento, y de que nadie paga contribucion por ellas á título de dueño (Res. Dir. Gen. 4 Setiembre 1863).

Es improcedente la inscripcion de posesion porque consta del amillaramiento que no es la reclamante quien paga la contribucion territorial á título de dueño, y conforme á lo dispuesto en la regla 5.ª del art. 400 de la ley Hipotecaria, debe denegarse la inscripcion en este caso, sin que sea posible hacer excepcion, toda vez que la ley no establece, ni debe admitirse tratándose de disposiciones que tienen el carácter de privilegiadas, debiendo siempre interpretarse en sentido restrictivo (Res. Dir. Gen. 23 Noviembre 1876).

En el caso consultado no se han cumplido todos los requisitos que determina el art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877 y la Hipotecaria de su referencia, por cuanto no se acompañan las certificaciones acreditativas de que los interesados satisfacen la contribucion á título de dueños, ni siquiera se expresa la circunstancia de no estar aún declaradas á nombre de personas distintas, cuyos requisitos, por el carácter preventivo de tales leyes, son necesarios al efecto de poder verificar las inscripciones de posesion, no pudiendo, por lo mismo, verificarse la inscripcion (Res. Dir. Gen. 29 Enero 1878).

Comenzando á ser obligatorias las leyes desde su promulgacion y prohibiendo la de 17 de Julio que en lo sucesivo pueda acreditarse el hecho de posesion, si el registrador por medio de los certificados expedidos con arreglo á los

artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria, es evidente que no procede la inscripcion del documento de que se trata, porque al pretender el recurrente hacer uso del mismo para este efecto, estaba ya vigente la disposicion de la citada ley de 17 de Julio, segun la cual, desde el día de su promulgacion sólo puede solicitarse y obtenerse la inscripcion de posesion á causa de título escrito por los medios que la misma indica (Res. Dir. Gen. 26 Abril 1878.

La presentacion de la certificacion prevenida en el art. 6.° de la ley de 17 de Julio es tan indispensable, que su falta ó la de los documentos que puedan suplirla segun ley, constituye un obstácuo para la inscripcion del expediente, conforme al precepto del art. 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878 (Res. Dir. Gen. 19 Marzo 1879).

Artículo 2163.—Siendo suficiente la informacion practicada en la forma prevenida en el anterior artículo, y no habiendo oposicion de parte legítima ó siendo desestimada la que se hubiere hecho, el Tribunal aprobará el expediente y mandará extender en el Registro la inscripcion solicitada, sin perjuício de tercero de mejor derecho.

El poseedor que haya obtenido la providencia expresada en el párrafo anterior presentará en el Registro el expediente original, que deberá habérsele entregado para este efecto, y solicitará en su virtud la inscripcion correspondiente.

La inscripcion que se haga expresará todas las circunstancias referidas en la regla primera del art. 2162 (398 de la ley), y ademas los nombres de los testigos que hayan declarado, el resultado de sus declaraciones, el de las demas diligencias practicadas en el expediente, la opinion del Ministerio fiscal y las circunstancias peculiares de la inscripcion, segun su especie, en cuanto constaren del mismo expediente.

ORÍGENES

Art. 399, ley Hipotecaria (1).

Artículo 2164.—Los registradores, ántes de inscribir alguna finca ó derecho en virtud de las informaciones prescritas en los artículos 2161, 2162 y 2163 (397, 398 y 399 de la ley) ó de las certificaciones á que se refieren los dos precedentes, examinarán cuidadosamente el registro, para averiguar si hay en él algun asiento relativo al mismo inmueble que pueda quedar total ó parcialmente cancelado por consecuencia de la misma inscripcion.

Si hallaren algun asiento de adquisicion de dominio no cancelado que esté en contradiccion con el hecho de la posesion justificada por la informacion judicial, suspenderán la inscripcion, harán anotacion preventiva, si la solicita el interesado, y remitirán copia de dicho asiento al Juez ó al Tribunal que haya aprobado la informacion.

El Juez ó el Tribunal, en su vista, comunicará el expediente á la persona que por dicho asiento pueda tener algun derecho sobre el inmueble, y con su audiencia confirmará ó revocará el auto de aprobacion, dando conocimiento en todo caso de la pro-

(1) Por la ley de 17 de Julio de 1877 se derogaron los artículos 400 y 401 de la ley Hipotecaria, que decían:

«Art. 400. Podrá tambien acreditarse é inscribirse la posesion con sujecion á las prescripciones siguientes:

Primera. Acudirá el interesado al Ayuntamiento del término municipal en que radiquen los bienes, con instancia firmada por el mismo ó por un testigo, si no sabe firmar, en la cual podrá comprender todos los que posea en dicho término, debiendo expresar, con respecto á cada uno de ellos, las circunstancias prescritas en la regla primera del art. 398, y designar el tiempo que llevare pagando la contribucion por dichos bienes á título de dueño, y solicitará que con referencia á los amillaramientos, catastros ú otros datos de las oficinas municipales, se le libre certificacion que acredite el hecho de pagar la referida contribucion en el concepto expresado.

Segunda. El Ayuntamiento mandará expedir la certificacion, que se extenderá á continuacion de la misma instancia, y la firmarán el Alcalde, el Regidor síndico y el Secretario: y si alguno de los dos primeros ó los dos no supieren firmar, lo harán por ellos otros individuos del Ayuntamiento, ó en su defecto el mismo Secretario, en cuya certificacion se expresará que el interesado paga á título de dueño contribucion por los bienes descritos en la instancia, determinándose la cantidad con que contribuye cada finca, si constare, y no siendo así, manifestará únicamente que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribucion que se le hubiere repartido.

Tercera. El interesado, para que se inscriba á su favor la posesion de los bienes, presentará en el Registro la instancia con la certificacion, y una copía íntegra firmada por el mismo, ó por un testigo

videncia que recayere al registrador, á fin de que, en su vista, lleve á efecto la inscripcion, ó cancele la anotacion preventiva (1).

si no sabe firmar, y el Registrador en aquel acto cotejará la copia con el original, y encontrándola conforme lo expresará así en aquella y firmará á continuacion.

Cuarta. Verificada la inscripcion si procediere, se pondrá en la copia la nota prevenida en el artículo 244, devolviéndose al interesado, y el original quedará archivado en el Registro.

Quinta. Si en la certificacion no constare claramente que el interesado paga á título de dueño la contribucion correspondiente á todos ó algunos de los bienes señalados en la instancia, se denegará la inscripcion con respecto á dichos bienes. Si en la instancia no se hubieren expresado las circunstancias prevenidas en la regla primera del art. 398, se suspenderá la inscripcion tomando, si lo solicita el interesado, anotacion preventiva de los bienes á los cuales se refiera el defecto. Para subsanarse éste, deberá presentarse otra instancia al Ayuntamiento, á fin de que se expida nuevo certificado contraido á los mismos bienes.

Sexta. El secretario de ayuntamiento que extendiere la certificacion expresada en la prescripcion segunda, podrá exigir por ella un derecho igual al 10 por 100 de la contribucion que en el último año hubieren pagado los bienes de su referencia, si su importe fuere conocido, mas sin que en ningun caso pueda exceder este derecho de dos pesetas.

Cuando no sea conocida la cuota de contribucion correspondiente á dichos bienes, se abonará por la certificacion una peseta solamente.

Los registradores de la propiedad podrán exigir por las inscripciones de posesion, ó por su denegacion ó suspension, los honorarios marcados en el arancel.

Art. 401. En los pueblos en que existan comisiones especiales para la evaluacion de la riqueza inmueble y repartimiento de la contribucion, deberá acudirse á las mismas para obtener las certificaciones á que se refiere el anterior artículo, las que deberán estar firmadas por los presidentes y secretarios, y por los regidores síndicos de los ayuntamientos, si pertenecieren á dichas comisiones. Si esto no sucediere, se entregará la certificacion al interesado, con las firmas del presidente y secretario de la comision, y la presentará aquel al síndico del ayuntamiento, á fin de que la autorice tambien con su firma, como habrá de verificarlo. á no ser que le conste que el interesado no paga la contribucion á título de dueño. En el caso de que el síndico no sepa firmar, lo hará por él otro individuo del ayuntamiento, ó en su defecto el secretario de dicha corporacion.

Los secretarios de las comisiones de evaluacion y repartimiento podrán exigir por las certificaciones los mismos derechos designados en el número sexto del anterior artículo.»

(1) El párrafo suspendido en este artículo por la ley de 17 de Julio de 1877 decía así:

«Si en el caso del párrafo primero se hubiere solicitado la inscripcion de posesion en virtud de certificacion, el registrador la denegará y devolverá el documento al interesado, á fin de que, si quiere, promueva el recurso gubernativo ó judicial, ó solicite la cancelacion del asiento de dominio, si fuere procedente.»

Si el registrador hallare algun asiento no cancelado de censo, hipoteca ó cualquier derecho real impuesto sobre la finca que ha de ser inscrita, procederá á la inscripcion de posesion solicitada, ya sea en virtud de informacion judicial ó de certificacion; pero deberá hacer en ella mencion de dicho asiento.

ORÍGENES

Art. 402, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Existiendo una verdadera contradiccion entre el hecho de la posesion á favor del Estado y la inscripcion de dominio á favor de un tercero, y debiendo quedar parcialmente cancelada esta segunda inscripcion si se verificase la primera, el registrador ha negado debidamente la inscripcion, con arreglo al art. 402 de la ley Hipotecaria.

Esta negativa no prejuzga ni supone la validez de los títulos del tercero, ni la validez de las inscripciones de ellos, ni los derechos que el Estado ó el tercero pueden tener sobre las fincas, sinó que produce el único efecto de obligar al que pretende inscribir la posesion ú obtener previamente la cancelacion total ó parcial del asiento de dominio contradictorio con este último hecho, ó declaracion en forma de ser distintos los bienes inscritos de los que se trata de inscribir mediante la certificacion de posesion (Res. Dir. Gen. 30 Julio 1874).

Al inscribir el registrador ciertos expedientes posesorios á nombre de personas, no obstante que estas interesadas no pagan la contribucion territorial de las fincas á título de dueños, sinó que, por el contrario, consta claramente que la pagan otras personas, ha infringido lo dispuesto en el art. 6.° de la ley de 17 de Julio de 1877 y 4.° del Real decreto de 20 de Mayo de 1878, porque aquella circunstancia constituye un obstáculo con arreglo al espíritu y letra de la ley, para inscribir los expedientes de posesion en que semejante contradiccion se advierta.

El registrador ha infringido ademas lo dispuesto en el párr. 1.° del art. 402 de la ley Hipotecaria, inscribiendo el expediente de posesion á nombre de una persona cuando por la misma inscripcion queda cancelado el asiento de dominio, extendido en los libros de la anti-

gua Contaduría á favor de otra persona, sin que disculpe la conducta de aquel funcionario el que estuviese inscrita anteriormente la posesion de la misma finca, y el que la persona á cuyo nombre se inscribe ahora sea hija de la que consta en el asiento de dominio, supuesto que la ley Hipotecaria no distingue entre primeras y segundas inscripciones de posesion, y el carácter de hija no le atribuye el derecho á la totalidad de bienes de que fué dueño su difunto padre, no constando, como en el presente caso no consta, si aquél otorgó algun acto de última voluntad, ó en su defecto, si ha recaído declaracion judicial de herederos abintestato á favor de otras personas, ademas de las designadas por el marido de la interesada en el escrito solicitando la informacion de posesion (Resolucion Dir. Gen. 30 Enero 1880).

Artículo 2165.—Las inscripciones de posesion expresarán el procedimiento que se hubiere adoptado para verificarlas, y surtirán todas el mismo efecto legal.

El tiempo de posesion que se haga constar en dichas inscripciones como trascurrido, cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripcion que no requiera justo título, á ménos que aquél á quien ésta perjudique no lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesion con arreglo al derecho comun.

Las inscripciones de posesion perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha; pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesion.

La inscripcion de posesion no perjudicará en ningun caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito. Entre las partes surtirá efecto la posesion desde que deba producirlo, conforme al derecho comun.

Lo dispuesto en los anteriores artículos sobre las inscripciones de posesion no será aplicable al derecho hipotecario, el cual no podrá inscribirse sinó mediante la presentacion de título escrito.

ORÍGENES

Art. 403, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Declarándose en el art. 403 de la Ley que las inscripciones de posesion no perjudican en ningun caso al que tenga derecho á la propiedad del inmueble, es evidente que éste puede solicitar y obtener la circunscripcion de los títulos justificativos de la misma en cualquier tiempo, a ménos que la prescripcion haya consolidado y asegurado el derecho inscrito, mediante el expediente de posesion (Res. Dir. Gen. 22 Febrero 1878).

Artículo 2166.—El propietario que careciere de título escrito de dominio, podrá inscribir dicho dominio justificando su adquisicion con las formalidades siguientes:

Primera. Presentará un escrito al Tribunal del partido en que radiquen los bienes, ó al del en que esté la parte principal, si fuere una finca enclavada en varios partidos, refiriendo el modo con que los haya adquirido y las pruebas legales que de esta adquisicion pueda ofrecer, y pidiendo que, con citacion de aquél de quien procedan dichos bienes ó de su causa-habiente y del Fiscal del Tribunal del partido, se le admitan las referidas pruebas y se declare su derecho.

Segunda. El Tribunal dará traslado de este escrito al Fiscal, citará á aquél de quien procedan los bienes ó á su causa-habiente, si fuere conocido, y á los que tengan en ellos cualquier derecho real; admitirá todas las pruebas pertinentes que se ofrezcan por el actor, por los interesados citados ó por el Fiscal del partido, en el término de ciento ochenta días, y convocará á las personas ignoradas á quienes pueda perjudicar la inscripcion solicitada, por medio de edictos que se fijarán en parajes públicos y se insertarán tres veces en el *Boletin Oficial*, á fin de que comparezcan si quisieren alegar su derecho.

Tercera. Trascurrido dicho plazo, oirá el Tribunal por escrito, sobre las reclamaciones y pruebas que se hubieren presentado, al Fiscal y á los demas que hayan concurrido al juicio, y en vista de lo que alegaren y calificando dichas pruebas por la

crítica racional, declarará justificado ó no el dominio de los bienes de que se trate.

Cuarta. El Fiscal ó cualquiera de los interesados, podrá apelar de esta providencia, y si lo hiciere, se sustanciará el recurso por los trámites establecidos para los incidentes en la ley de Enjuiciamiento civil.

Quinta. Consentida ó confirmada dicha providencia, será en su caso título bastante para la inscripcion del dominio.

Sexta. Cuando el valor del inmueble no excediera de 750 pesetas, será verbal la audiencia que segun la regla tercera debe prestarse por escrito al Fiscal y á los interesados, y la apelacion, en su caso, seguirá los trámites establecidos para estos recursos en los juicios de menor cuantía.

ORÍGENES

Art. 404, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Segun la doctrina del art. 404 de la ley Hipotecaria, las inscripciones de posesion no perjudican en ningun caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, por lo cual no deben ser obstáculo para que se inscriba el título de este último, aunque sea de fecha anterior (Res. Dir. Gen. 27 Enero 1880).

Artículo 2167.—Las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales, verificadas, declaradas ó reconocidas por contratos privados, apeos ó prorateos de la misma especie, ántes de la publicacion de esta ley, podrán inscribirse con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. Los contrayentes presentarán al Registro el documento que deseen inscribir, firmado y rubricado por ellos, con una copia del mismo en papel comun, firmada tambien de su puño.

Segunda. El registrador cotejará dicha copia con su original, poniendo en aquélla la nota de ser conforme con éste, si lo fuere, y en el original otra nota expresando el día y la hora de su presentacion en el Registro.

Tercera. En presencia de dos testigos, que tengan las condiciones que para los instrumentos públicos exige la ley del Notariado, preguntará el registrador á los contrayentes si se ratifican en el contrato celebrado y reconocen como suyas las firmas puestas en él.

Cuarta. Si los contrayentes respondieren afirmativamente, el registrador certificará haberse verificado la ratificacion, al pié de la copia del documento, expresando los nombres, edad, estado y vecindad de los testigos, y pondrá una nota de la misma ratificacion y de su fecha en el documento original.

La certificacion y la nota se firmarán por el registrador y los testigos.

Quinta. En seguida se extenderá el asiento de presentacion: si el acto devengare algun derecho fiscal, por no serle aplicable la exencion establecida en el art. 2154 (390 de la ley), se suspenderá la inscripcion hasta que sea satisfecho; y si no lo devengare, se verificará ésta desde luégo.

Sexta. El documento original quedará archivado en el Registro, y la copia se devolverá al interesado con la nota de *Registrado*, etc.

Sétima. Si el registrador al examinar el contrato original hallare alguna cláusula contraria á las leyes, ó la falta de algun requisito necesario para su validez, ó tal ambigüedad ó confusion en sus términos que no pueda extenderse la inscripcion con claridad, lo devolverá á los interesados para que lo reformen si quisieren. Si éstos convinieren en dicha reforma extenderá el Registrador una anotacion preventiva, si alguno de ellos la solicita: si no convinieren en ella, denegará toda inscripcion y asiento del documento. Si éste no contuviere alguna de las circunstancias que deba expresar la inscripcion, los interesados la harán constar, bien extendiendo un nuevo contrato, bien presentando una nota adicional, firmada por ambos.

ORÍGENES

Art. 405, ley Hipotecaria.

Artículo 2168.—Cuando los contrayentes, por documento privado, ó alguno de ellos, no residan en el pueblo del Registro, ó no quisieren acudir á él, podrán dar á dicho documento la autenticidad necesaria para inscribir el dominio de los bienes á que se refiera, con las formalidades siguientes:

Primera. Los contrayentes reconocerán sus firmas y se ratificarán en su contrato, en la forma expresada en el artículo anterior, ante el Juez municipal del domicilio de cualquiera de ellos ó del lugar en que radiquen los bienes, su Secretario y dos testigos hábiles para serlo de instrumentos públicos.

Segunda. El Juez municipal podrá negarse á autorizar el contrato en el caso expresado en la regla sétima del artículo precedente.

Tercera. La certificacion y la nota á que se refiere la regla cuarta de dicho artículo, se extenderán por el secretario del juzgado en la forma que en él se previene, y se firmarán por el Juez, dicho secretario y los testigos, sellándose ambos ejemplares del documento con el sello del juzgado.

Cuarta. Concluido el acto, se devolverán dichos ejemplares al adquirente del inmueble ó derecho que se trate de inscribir.

Quinta. Presentados estos documentos en el Registro, si el registrador tuviere alguna duda acerca de su autenticidad, practicará las diligencias necesarias para comprobarla: si hallare alguna de las faltas expresadas en la regla sétima del artículo anterior, procederá del modo que en ella se previene; y si no hallare falta alguna, cumplirá lo dispuesto en las reglas quinta y sexta del mismo artículo.

ORÍGENES

Art. 406, ley Hipotecaria.

Artículo 2169.—Cuando los contrayentes no pudieren ó no quisieren concurrir reunidos al Registro ni al Juzgado municipal para ratificarse en el documento privado que se trate de inscribir, podrá, sin embargo, cualquiera de ellos obtener la inscripcion de posesion con las formalidades siguientes:

Primera. El que tenga en su poder el documento, lo presentará al registrador, acompañando una copia en papel comun, firmada de su puño, solicitando verbalmente su inscripcion, previo el correspondiente anuncio.

Segunda. Si el registrador hallare admisible el documento y conforme la copia con su original, tomará el asiento de presentacion y extenderá tres ejemplares de la minuta de la inscripcion solicitada, los cuales expondrá al público en su propio nombre, manifestando haberse pedido dicha inscripcion por documento privado, y convocando á los que tengan derecho á oponerse á ella á que se presenten á alegarlo en el término de treinta días. Estos anuncios se fijarán, uno á la puerta del Registro, otro en el pueblo en que radiquen los bienes, aunque sea el mismo que el del Registro, pero en el paraje en que se acostumbre fijar los carteles oficiales, y el último en el pueblo en que resida ó hubiere residido el otro contrayente, si fuere conocido, ó en el lugar que el registrador estime más adecuado.

Cuando el Gobierno no crea suficientes estos medios de publicidad, podrá disponer que se usen ademas cualesquiera otros que juzgue convenientes.

Tercera. Si el documento privado que se trate de inscribir fuere título de cancelacion, se publicarán ademas los anuncios en el *Boletin Oficial* de la provincia por tres veces, con intervalo de un mes de una á otra, y no podrá extenderse la inscripcion hasta que hayan trascurrido ciento ochenta días desde la publicacion del primer anuncio en dicho *Boletin*, sin oposicion de parte legítima.

Cuarta. Si trascurriere el término de los treinta días sin hacerse oposicion á la inscripcion solicitada, la extenderá el Registrador en la forma correspondiente, poniendo la nota de *Registrado*, etc., *previa convocatoria y sin oposicion*, en ambos ejemplares del documento, devolviendo el original y archivando la copia.

Quinta. El que se crea indebidamente perjudicado por dicha inscripcion, ó cualquier otro en su nombre, si el interesado estuviere impedido ó ausente, podrá presentarse en el Registro oponiéndose á ella y alegando su derecho, en cuyo caso el registrador, al concluir el término, suspenderá dicha inscripcion, poniendo nota marginal de la suspension en el asiento de presentacion y devolviendo el documento original al que lo haya presentado.

Sexta. Suspendida la inscripcion, podrá el que la hubiere solicitado deducir contra el opositor la accion correspondiente, ó pedir al Juez ó al Tribunal que le mande formular su demanda en un breve término, y que si éste trascurriere sin presentarse dicha demanda, ordene la inscripcion del documento privado.

Sétima. Entablado el pleito, podrá el Juez ó el Tribunal disponer, á peticion de parte, la anotacion preventiva de la demanda, si ésta fuera de las comprendidas en el párrafo primero del art. 1923 (42 de esta ley).

Octava. Si el poseedor del documento privado lo fuere á la vez de la finca ó derecho y no procediere anotar á su favor la demanda, el Juez ó el Tribunal podrá otorgarle, si lo pidiere, la anotacion preventiva del documento privado, hasta la terminacion del litigio, sin perjuício de conceder tambien al otro litigante la anotacion preventiva de su demanda, si fuere procedente.

Novena. Los honorarios del registrador por la publicacion de las minutas de inscripcion serán una cuarta parte de los correspondientes á la misma, cuando éstos no excedan de cinco pesetas; y cuando excedan, dos pesetas y 50 céntimos solamente. Si la inscripcion se suspendiere por oposicion de algun interesado, podrá el registrador exigir desde luégo dos pesetas y 50 céntimos de honorarios, que se tomará en cuenta, si llegare á extenderse dicha inscripcion, al liquidar los que correspondan por ella y la publicacion de las minutas segun estas reglas.

ORÍGENES

Art. 407, ley Hipotecaria.

Artículo 2170.—Las inscripciones de documentos privados expresarán el procedimiento que se hubiese seguido para hacer constar su autenticidad y validez.

La ratificacion de los contratos privados ante los registradores no devengará derechos. Por la que se verifique ante el juez municipal percibirá el secretario un derecho fijo de una peseta.

Los documentos privados que se inscriban no perjudicarán á tercero sinó desde la fecha de su inscripcion; pero en cuanto á los contrayentes, surtirán su efecto desde su propia fecha.

ORÍGENES

Art. 408, ley Hipotecaria.

Artículo 2171.—Las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales, verificadas, declaradas ó reconocidas por contratos privados, apeos ó prorateos posteriores al dia 1.° de Enero de 1863, no pueden ser inscritas; pero los referidos contratos privados, apeos ó prorateos podrán presentarse en juício donde fuere necesario, á fin de que los contratantes obtengan ejecutoria ó escritura que acredite su derecho, y pueda éste ser inscrito.

ORÍGENES

Art. 409, ley Hipotecaria.

Artículo 2172.—El poseedor de algun censo, foro, hipoteca ú otro derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su propiedad al publicarse esta ley, y que, requerido, se negare á inscribirla, podrá solicitar dicha inscripcion por los medios que se expresarán en el Reglamento para la ejecucion de la misma ley, ó los entablados en el art. 2169 (407 de la ley), firmando en su caso la declaracion de bienes el censualista ó dueño del derecho real en nombre del propietario.

El dueño de la finca gravada no podrá impugnar esta inscripcion, sinó solicitando á la vez la de dominio, con la presentacion del

título correspondiente ó testimonio de haber incoado expediente contradictorio para la declaracion judicial de dicho dominio.

Cuando tengan parte en el dominio directo de una finca distintos propietarios en calidad de subforadores ó señores *medianeros*, podrá cualquiera de ellos exigir la inscripcion de la misma finca, juntamente con la del derecho de los que le precedan en la participacion del directo, si ellos por sí no lo solicitaren.

ORÍGENES

Art. 410, ley Hipotecaria.

CAPÍTULO III

DE LOS LIBROS DE REGISTRO DE LAS SUPRIMIDAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS, Y SU RELACION CON LOS ABIERTOS EN VIRTUD DE LA LEY DE 8 DE FEBRERO DE 1861 (1)

Artículo 2173.—Los asientos contenidos en los libros de registro existentes en las Contadurías de hipotecas producirán los efectos que les correspondan segun la legislacion anterior al 1.° de Enero de 1863.

Si los referidos asientos se han trasladado ó se trasladaren á los libros de registro abiertos con arreglo á lo prescrito en la ley de 8 de Febrero de 1861, producirán los efectos que la misma les atribuye, con las modificaciones establecidas en la presente.

Si al trasladarse los asientos á que se refiere el párrafo anterior se hubieren tomado algunas de sus circunstancias de notas adicionales presentadas por los interesados, el contenido de los nuevos asientos, en cuanto se refiera á dichas notas, no perjudicará á tercero.

En el caso de que la nota presentada se refiriere á los linderos de una finca rústica, la parte del asiento relativo á la misma nota perjudicará á los dueños de los terrenos colindantes que la hubieren firmado.

ORÍGENES

Art. 411, ley Hipotecaria.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION

Las inscripciones y asientos contenidos en los

(1) EXPOSICION DE MOTIVOS:
DE LOS LIBROS DE REGISTRO ANTERIORES Á LA LEY, Y DE SU RELACION CON LOS NUEVOS.—Ninguna precaucion debe parecer excesiva para conservar la integridad de los Registros hoy existentes, cerrarlos y hacer el tránsito del antiguo al nuevo sistema ordenadamente y de modo que estén en relacion los libros corrientes en la actualidad y los que han de abrirse.

La Comision ha adoptado al efecto las disposiciones que ha creído necesarias, prefiriendo parecer nimiamente escrupulosa, á poder ser tachada de poco previsora. A eso ha destinado el último título del Proyecto, cuyas disposiciones son otras tantas garantías de la fidelidad con que se trasmitirán de unas á otras manos los Registros.

Ha concluido la Comision de exponer los fundamentos del Proyecto. Sin pretensiones de amor propio, sin alarde de las largas tareas en que se ha empeñado para hacer una obra aceptable, los presenta al Gobierno como fruto de sus estudios, de sus discusiones, y de la experiencia de los individuos que la componen. Tiene, sin embargo, la profunda conviccion de que si se acepta el Proyecto, será un gran progreso en nuestras instituciones civiles, precursor de otros que, dando unidad á nuestro derecho en todas las divisiones territoriales, aproximen la época en que llegue á ser una verdad el principio escrito en la Constitucion de que un solo Código civil rija en toda la monarquía.—Madrid 6 de Junio de 1860.—Manuel Cortina, presidente.—Pedro Gomez de la Serna.—Manuel García Gallardo.—Francisco de Cárdenas.—Pascual Bayarri.—José de Ibarra.—Juan Gonzalez Acevedo.—Alejandro Diaz Zafra, secretario.

Registros anteriores al 1.º de Enero de 1863 surten, en cuanto á los derechos que de ellos consten, todos los efectos de las inscripciones posteriores á la citada fecha, aunque dichos asientos carezcan de algunos de los requisitos que para su validez exige la ley Hipotecaria y no se lleguen á trasladar á los libros ó Registros modernos. Los derechos inscritos no se extinguen con arreglo al art. 77 de la ley, respecto á tercero, sinó por su cancelacion ó por la trasferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona (Res. Dir. Gen. 26 Julio 1866).

Segun la doctrina del art. 411 de la ley Hipotecaria y el 307 de su Reglamento, los asientos practicados en los antiguos Registros producen todos sus efectos, aunque carezcan de los requisitos que bajo pena de nulidad exigen los artículos 9.º y 13 de la ley, y no se lleguen á trasladar á los modernos Registros.

Que uno de los efectos de dichas inscripcio-ciones consiste en reputarse válidas y subsistentes, áun adoleciendo de algun vicio de nulidad, miéntras por alguno de los motivos consignados en la ley no se cancelen, lo que sólo puede llevarse á cabo en virtud de sentencia ejecutoria ó de algun documento auténtico en el que exprese su consentimiento para la cancelacion la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripcion ó sus causa-habientes ó representantes legítimos; una vez establecidos por la ley como únicos los medios indicados anteriormente para obtener la cancelacion de un asiento, por adolecer de algun vicio de nulidad, quedó virtualmente excluído cualquiera otro, incluso las resoluciones dictadas en la vía administrativa, segun ha declarado este Centro: cuya incompetencia es notoria en este caso desde el momento en que existe oposicion para la cancelacion, porque segun el art. 83 de la ley Hipotecaria, estas reclamaciones corresponden á los Jueces y Tribunales en el correspondiente juicio (Res. Dir. Gen. 23 Julio 1877).

Es doctrina inconcusa de la ley Hipotecaria, expresamente consignada en el art. 411 de la misma y 307 de su Reglamento, y con repeticion declarada por este Centro, que los asientos extendidos en los Registros de la antigua Contaduría deben reputarse válidos y subsistentes en todo su contenido miéntras en debida forma no se cancelen, por cuya razon procede ilegalmente el registrador al negar la inscripcion de una escritura, por suponer que los asientos antiguos son nulos en alguna parte, toda vez que no se halla en sus atribuciones el prescindir en todo ni en parte del contenido de ningun asiento.

El que en 1821 se reputase como inmediato sucesor á una hija del actual poseedor, no se opone á que en 1861 se considerara como sucesor inmediato á un hijo del mismo, atendido el carácter provisional que tiene la designacion del sucesor inmediato de un mayorazgo durante la vida de aquel (Res. Dir. Gen. 16 Marzo 1880).

Artículo 2174.—Si existiere algun libro de los expresados en el primer párrafo del artículo anterior, que no se hubiese cerrado con arreglo á lo prescrito en la ley de 8 de Febrero de 1861, se cerrará con las formalidades siguientes:

Primero. El registrador que encontrare algun libro de dicha clase, lo pondrá en conocimiento del delegado para la inspeccion del Registro, quien dictará por sí, ó previa consulta del Presidente de la Audiencia del distrito, si lo estima necesario, las providencias correspondientes para asegurarse de que es uno de los que se llevaban en la Contaduría de hipotecas, y para averiguar el motivo de no haberse cerrado cuando lo fueron los demas; y si resulta la certeza del primer extremo, señalará día para que se cierre el expresado libro, sin perjuício de acordar acerca del segundo extremo lo que procediere.

Segunda. A la diligencia de cierre asistirán el mismo delegado, el registrador y el último contador de hipotecas, si existiere en el pueblo del Registro; y si no fuese así, ó el último contador lo hubiere sido el registrador, asistirá tambien el representante del Ministerio fiscal.

Tercera. El registrador y el contador, ó el fiscal en su caso, pondrán á continuacion del último asiento extendido en el libro una certificacion en que conste:

Primero. Cuál es el último asiento.

Segundo. El número total de folios que contenga el libro.

Tercero. Cuántos de estos folios resultan inscritos, y cuántos en blanco.

Cuarto. El número de hojas que hubiere con claros entre unos y otros asientos, ó

no acabados de llenar, ó expresion de no hallarse ninguna de dichas circunstancias.

Quinto. El número de asientos que hubiere en cada una de dichas hojas.

Cuarta. Las hojas en blanco y los claros que se hallen en las escritas se inutilizarán de modo que no se pueda volver á hacer en ellas ningun asiento.

Quinta. Si el libro fuese de índice, se cerrará poniendo el registrador, ó el fiscal en su caso, á continuacion del último asiento hecho por el contador que lo hubiere llevado, una certificacion expresiva de las circunstancias comprendidas en los números primero, segundo y tercero de la regla tercera, inutilizando las hojas en blanco y los claros, conforme á lo dispuesto en la regla anterior.

Sexta. El delegado sellará con el sello del Juzgado ó del Tribunal todas las hojas escritas, y dictará un auto aprobando la diligencia, que se escribirá á continuacion de la certificacion del registrador ó fiscal.

ORÍGENES

Art. 412, ley Hipotecaria.

Artículo 2175.—Los registradores que no hubieren completado, reformado ó hecho de nuevo, si hubiere sido necesario, los índices existentes en los Registros de las respectivas contadurías de hipotecas, deberán verificarlo en el término de sesenta días, contados desde la publicacion de esta ley; y si no lo cumplieren, será esta falta un motivo suficiente para poder acordar la remocion del cargo de Registrador.

Durante el referido término de los sesenta días continuarán los registradores expresados en el párrafo anterior haciendo anotaciones preventivas por falta de índices, con sujecion á las disposiciones vigentes a publicarse la presente ley.

El término de los sesenta días podrá prorogarse por el Gobierno respecto de los registradores que justifiquen imposibilidad material de cumplir lo dispuesto en el párrafo anterior.

ORÍGENES

Art. 413, ley Hipotecaria.

Artículo 2176.—Las inscripciones extendidas en los libros antiguos que no hayan sido trasladadas á los nuevos, podrán cancelarse por medio de notas marginales puestas en ellas.

Si se han trasladado á los nuevos libros, se verificará la cancelacion con arreglo á lo prescrito en la presente ley, y en el asiento del antiguo libro se pondrá una nota expresando la cancelacion y el libro y folio en que se halle.

ORÍGENES

Art. 414, ley Hipotecaria.

Artículo 2177.—Si el asiento extendido en los antiguos libros, que deba cancelarse por la nota marginal expresada en el artículo anterior, fuere de un derecho real, y la inscripcion de dominio de la finca á que afecte el referido derecho estuviere tambien en los libros antiguos sin haberse trasladado á los nuevos, la nota expresiva de la cancelacion deberá ponerse al márgen del asiento de dominio y al del derecho real, si se encontraren separados.

Si la inscripcion del dominio de la finca gravada se hubiere verificado en los nuevos libros de Registro, existiendo en los antiguos la del derecho real, podrá hacerse la cancelacion á continuacion de aquella inscripcion de dominio, expresándose en un solo asiento la existencia del derecho real y su cancelacion, sin perjuício de ponerse en el libro antiguo la nota prevenida en el segundo párrafo del artículo anterior.

En el caso de que la inscripcion de dominio de la finca gravada no se hubiere hecho ni en los antiguos ni en los nuevos libros, y apareciere en los primeros la del derecho real objeto de la cancelacion, se pondrá en ésta una nota marginal que producirá los efectos de la anotacion preventiva miéntras se obtiene aquella inscripcion de dominio.

ORÍGENES

Art. 415, ley Hipotecaria.

Artículo 2178.—En toda inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion que se haga en los nuevos libros, de finca ó derecho inscrito bajo cualquier concepto en los libros antiguos, se citará el número, folio y nombre del libro en que se halle dicho asiento.

Los asientos que se hagan en los nuevos libros, relativos á fincas ó derechos inscritos en los libros antiguos, contendrán la cita expresada en el párrafo anterior, ademas de la que corresponda á los libros nuevos.

ORÍGENES

Art. 416, ley Hipotecaria.

TÍTULO XXIV

DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Artículo 2179.—Son válidos los contratos celebrados entre las partes áun cuando carezcan de denominacion jurídica especial.

Los contratos innominados pueden consistir:

1.° En que una de las partes se obligue á entregar una cosa en cambio de otra que ha de recibir.

2.° En que una de las partes se obligue á entregar una cosa (con tal que no sea dinero contado) en cambio de un hecho que la otra ha de ejecutar.

3.° En que una de las partes se obligue á ejecutar un hecho en cambio de una cosa que ha de recibir de la otra.

4.° En que una de las partes se obligue á ejecutar un hecho en cambio de otro que ha de ejecutarse por la otra parte.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: párr. 1.°, art. 1107 Cód. Francia.—Ley 5.ª, tít. V, lib. XIX Digesto.

JURISPRUDENCIA

No tiene aplicacion la ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, cuando no se trata de obligaciones de hacer ni de contratos innominados, sinó de contratos especiales y determinados que constan en escritura pública, que es su ley (Sent. 18 Junio 1862).

La ley 5.ª, tít. VI, Partida 5.ª, que trata de los *pleitos que son llamados en latin contratos innominados que han semejanza con el cambio*, no establece ni podía establecer que estuviesen limitados á los ejemplos que contiene todos los convenios que sin un nombre especial y determinado pueden celebrarse (Sent. 8 Mayo 1862).

La ley 5.ª citada, al describir las cuatro clases de contratos innominados, manifiesta claramente que todos ellos han de versar sobre cosas ó hechos que respectivamente han de dar ó ejecutar ambas partes contratantes, pero no sobre dinero, á no ser en el concepto único de verdaderos honorarios (Sent. 22 Diciembre 1866).

En virtud del contrato *doy para que hagas*, no se puede exigir el pago de corretajes, porque éstos no tienen el carácter de honorarios (Sentencia 22 Diciembre 1866).

Las leyes de Partida referentes á los contratos innominados no son aplicables á los contratos que tienen nombre en derecho (Sentencia 24 Enero 1868).

No se desconoce la validez y eficacia del contrato innominado *Facio ut des*, cuando, á virtud de las pruebas documentales y testificales suministradas por las partes cuya apreciacion no ha sido impugnada, se declara que no ha existido tal contrato, faltando el derecho para suponerlo ó presumirlo (Sent. 21 Enero 1873).

COMENTARIO

Ademas de los contratos que por la ley ó la costumbre reciben una denominacion especial, pueden celebrarse válidamente todas las convenciones que no sean opuestas á la moral y á las leyes, por más que, segun consignamos en este artículo, dichas estipulaciones carezcan de un nombre jurídico especial.

Estos contratos innominados pueden ser, y son en efecto, numerosos, pero pueden reducirse á

cuatro fórmulas que los romanos distinguieron con las palabras: *do ut des* (doy para que des), *do ut facias* (doy para que hagas), *facio ut des* (hago para que des), *facio ut facias* (hago para que hagas).

La ley de Partida referente á los contratos innominados dice: «Contratos *innominatos*, en latin, tanto quiere dezir, en romance, como pleytos, é posturas que los omes ponen entre si é que non han nomes señalados: é son quatro manera de ellos. La primera es, quando da su cosa por otra: este es cambio, de que fablamos en las leyes ántes desta (sobre permuta). La segunda es, quando alguno da su cosa á otro (solo que non le den dineros contados) porque le faga otra por ella. Ca estonce dezimos que si aquel non cumpliesse lo que prometió, en su escogencia es del otro de demandarle la cosa que le dió por esta razon, ó quel peche los daños é los menoscabos que porende rescibió: los cuales deuen ser creydos con su jura, é con estimacion del Juzgador. La tercera es, quando algun ome faze á otro alguna cosa señalada, porque le dé otra: ca si despues que la ouiesse fecha, non le diesse aquella que le auia prometido puedela demandar como en razon de engaño: é deuele ser pechada, con los daños é los menoscabos assi como de suso diximos. La quarta es, quando algun ome face alguna cosa á otro, por que le faga aquel á quien la faze, otra porella. En esta razon dezimos, que quando alguna de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar á la otra quel compla lo que le deuia fazer, ó quel peche los daños é los menoscabos, que recibió por esta razon: los quales deuen ser estimados segund sobredicho es.»

Téngase presente que siendo por la ley 1.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Rec., obligatoria y exigible toda promesa, ha cesado la facultad que con arreglo á las leyes romanas y á las de Partida tenía el contrayente que no quería cumplir el convenio, de separarse de lo pactado pagando al otro los perjuicios que se le ocasionaren. Tal es la opinion de los más ilustres jurisconsultos.

TÍTULO XXV

DE LAS OBLIGACIONES QUE SE CONTRAEN SIN CONVENCION

CAPITULO PRIMERO

DE LOS CUASI-CONTRATOS

SECCION PRIMERA

Artículo 2180.—La gestion ó administracion voluntaria llevada á cabo por una persona, sin mandato expreso, por razon de amistad ó parentesco, en los bienes y negocios de un ausente que los dejó abandonados, produce derechos y obligaciones de una y otra parte, con arreglo á lo que se prescribe en los artículos siguientes.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Contienen sustancialmente análoga disposicion los artículos 1372, Cód. Francia.—1390 Holanda.—1141 Italia.—1723 Portugal.—Artículo 2.º, lib. IV, cap. XIII, Baviera.—1039 Austria.—1024 Vaud.—1120 Neufchatel.—1251 Valais.—1349 Friburgo.—2274 Luisiana.—1331 Bolivia.—Párrafo 1.º, tít. XXVIII, lib. III, Instituciones.—Ley 5.ª, tít. VII, lib. XLIV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Para que tenga lugar la administracion de bienes ajenos sin órden del dueño, ó lo que es lo mismo, la gestion de negocios, es indispensable que aquellos se hallen abandonados, bien por ausencia ó negligencia de éste, ó bien por su enfermedad ó incapacidad, segun la ley 26, tít. XII, Partida 5.ª (Sent. 26 Febrero 1867).

No puede calificarse de convencion la gestion de negocios, pues aunque de ésta nace una obligacion recíproca entre el dueño del negocio y el que ha cuidado de él sin que aquél lo supiera, no es materia de convencion, toda vez que para que ésta tenga lugar es indispensable el mutuo consentimiento de las personas que la celebren (Sent. 24 Abril 1867).

No habiendo una verdadera gestion de negocios, no tiene aplicacion la ley 26, tít. XII, Partida 5.ª (Sent. 5 Junio 1874).

COMENTARIO

Despues de estudiadas las obligaciones que nacen de convencion ó pacto celebrado entre dos ó más personas, fáltanos tratar de las que no tienen ese orígen, esto es, de los cuasi-contratos.

Defínelos el proyecto de Código diciendo que son «los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero, y á veces una obligacion recíproca entre las dos partes.» Escriche dice lo mismo, añadiendo que tales hechos han de te-

ner lugar «sin mediar convencion ni pacto expreso.»

Al decirse hechos lícitos, distinguense esta clase de obligaciones de las que, siendo producidas por un hecho ilícito constitutivo de delito ó culpa, comunmente se dice que nacen del delito ó cuasi-delito.

El fundamento de los cuasi-contratos es la voluntad presunta interpretada por motivos de piedad ó mediante un hecho obligatorio. La ley admite ese consentimiento presunto y convierte en obligaciones algunos hechos, fundándose en principios morales, de justicia absoluta, por todos reconocida; tales son: el hacer con los demas lo que quisiéramos se hiciere con nosotros mismos, el de reparar los daños que se ocasionen, el de consentir en todo lo que nos sea útil, el de no enriquecerse con perjuicio de otro, y por último el de sujetarse á las consecuencias una vez aceptados los hechos que pudieran producirlas.

Varias especies de cuasi-contratos pudieran citarse; pero los más principales, señalados por los autores como mencionados con más ó ménos claridad en nuestras leyes, son: primero, la administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño; segundo, la paga de lo indebido; tercero, la comunion de bienes no procedente del contrato de sociedad; cuarto, la adicion de la herencia: quinto, la administracion de la tutela ó curaduría.

El primer cuasi-contrato, llamado por los romanos *negotiorum gestio*, se halla definido en nuestro artículo. Segun lo prescrito en él, tomado de la ley de Partida, son requisitos necesarios para que tenga lugar la gestion de negocios: primero, el que éstos hayan sido abandonados por ausencia, negligencia, incapacidad ó enfermedad de su dueño; segundo, que no medie mandato de éste, pues en caso contrario habría convencion y dejaría de ser cuasi-contrato; tercero, que el gestor proceda por razones de amistad ó parentesco. En los siguientes artículos veremos lo que sobre la gestion de negocios ajenos establecen nuestras leyes.

Nada decimos aquí del segundo cuasi-contrato, ó sea la paga de lo indebido, porque la hemos de estudiar á continuacion de aquélla.

La comunion de bienes procedente, no de pacto ni convencion expresa, sinó de haber obtenido varias personas una misma cosa en comun, ya por herencia, legado ó cualquier otro título, produce obligaciones recíprocas entre los condueños, por las cuales quedan éstos sometidos á consentir la particion desde el momento que uno de ellos la reclame. Esta comision de diferentes dueños es casi siempre fuente de discordias y semillero de litigios, razon por la cual el legislador, con el fin de evitarlos, dispuso se proceda á particion de bienes entre los comuneros cuando haya uno que así lo pida, sin que los demas puedan oponerse á ello. La comunion de bienes no es convencional, pues no dimana de contrato ni de delito, sinó de un hecho lícito, por cuya razon se halla comprendida entre los cuasi-contratos.

Lo mismo decimos de la adicion de la herencia por la cual queda obligado el heredero que la acepta á satisfacer á los acreedores testamentarios las mandas y legados hechos por el testador; mas no debe confundirse esta obligacion con la de pagar á los acreedores hereditarios las deudas contraídas por el difunto, porque esto no procede de cuasi-contrato, sinó de una convencion expresa, que con la herencia se trasmite.

El último cuasi-contrato de los citados es la administracion de la tutela y curaduría, que, como dicen los Sres. La Serna y Montalvan, más que de la voluntad presunta, dimana de una necesidad legal. Produce dos acciones, una directa, que compete al pupilo para pedir cuentas al tutor acabado su cargo, y otra llamada contraria, que corresponde al tutor por los gastos hechos en los bienes y negocios del pupilo.

Tanto de este cuasi-contrato como de los dos anteriores hemos hablado con la debida extension, y por esto en las secciones de este capítulo sólo trataremos de los dos primeros: la gestion de negocios y la paga de lo indebido.

Artículo 2181.—El que se encarga voluntariamente de la agencia ó administracion de los negocios ó bienes de otro sin su mandato ni conocimiento contrae la obligacion de darle cuentas y entregarle los frutos producidos, reintegrándose de los gastos y mejoras hechos.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1375 Código

Francia.—1042 Austria.—1393 Holanda.—Párrafo 2.°, cap. XIII, lib. IV, Baviera.—1144 Italia.—1724 y 1725, con modificaciones, Portugal.—1027 Vaud.—1123 Neufchatel.—1254 Valais.—1351 Friburgo.—2278 Luisiana.—Leyes 2.ª, 3.ª, 10, 22 y 45, tít. V, lib. III, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El que administra caudales ajenos está obligado á dar cuenta justificada de su inversion; y este deber es todavía más eficaz si se ha consignado en escritura pública, ó procede de estatutos ó constituciones á que se somete el que acepta un cargo que tal obligacion produce (Sent. 13 Diciembre 1867).

COMENTARIO

En el presente artículo se hallan consignadas las obligaciones recíprocas que produce el cuasi-contrato de gestion de negocios ajenos. El gestor que administra los bienes de otro voluntariamente y sin su mandato expreso no puede retener nada en su poder de tales bienes bajo ningun concepto, sinó que por el contrario está obligado á entregarlos al dueño con todos los frutos que hayan producido, dándole ademas cuentas de su administracion; pero á la vez el dueño debe pagar al gestor los gastos y mejoras que haya hecho en los bienes administrados, pues no es justo que éste pierda lo invertido en utilidad de aquél.

Artículo 2182.—Lo mismo deberá observarse cuando los bienes voluntariamente administrados por una persona perteneciesen á un incapacitado cuyo tutor ó curador se hubiere ausentado sin dejarlos encomendados á otro, ó fuere negligente en su administracion. El gestor deberá en este caso dar cuentas y entregar los frutos producidos al dueño ó curador que á la vez están obligados á satisfacer á aquél los gastos ocasionados.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 6.ª, tít. V, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

La ley 27, tít. XII, Partida 5.ª, hace extensiva la doctrina consignada en los artículos anteriores al caso en que un tutor ó curador sea negligente ó deje abandonados los bienes y negocios de su pupilo. El amigo ó pariente que los administre debe dar cuentas y entregar, una vez acabada su administracion, los bienes y frutos al dueño ó tutor, los cuales están obligados tambien á reintegrar al gestor de los gastos y mejoras.

Artículo 2183.—Entiéndese por gastos que deben pagarse al gestor que obró de buena fe por el dueño de la cosa administrada, no siendo huérfano menor de catorce años, los necesarios y útiles, bien se juzguen útiles al principio, aunque luégo dejen de serlo, bien lo sean en todo tiempo.

Cuando el dueño de los bienes administrados fuere menor de catorce años, sólo está obligado á satisfacer al gestor los gastos necesarios y los que sean útiles, mas no los que, pareciéndolo, no lo fueren luégo; éstos deben ser satisfechos por el curador con sus bienes propios.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: leyes 10, 22 y 37, tít. V, libro III, Digesto.

COMENTARIO

Era necesario saber qué gastos debían abonarse al gestor de bienes ajenos, y de marcarlos se encarga la ley 28 de Partidas. Segun esta expresa, las dispensas hechas por el administrador pueden ser de varias clases: *ca tales y ha que cuando las comienzan á facer semeja que son á pro de las cosas é acaesce despues que non es así. Otras y ha que son á pro en el comienzo é despues que son fechas. E aun y á otras que son necesarias que conviene en todas guisas que las fagan; e si non, perderse y an, ó menoscabarse y an las cosas.*

Despues de esta distincion, hace otra la ley de las cosas, segun pertenezcan ó no á huérfanos menores de catorce años. En este último

caso son abonables al gestor los gastos necesarios y útiles, bien lo sean cuando empezaron á hacerse y despues perdieron su utilidad por caso fortuito, bien lo sean siempre. Si la pérdida proviene, no de caso fortuíto, sinó de culpa del gestor, dice el Sr. Gutierrez, siguiendo á Gayo, que cesa la obligacion de abonarle dichos gastos, pues cuando por dicha causa merece pena, sería, en efecto, absurdo que se le otorgase un premio.

Perteneciendo las cosas administradas á huérfanos menores de catorce años, la doctrina de la ley varía: el gestor sólo podrá cobrar del huérfano los gastos necesarios y los que fueren útiles al principio y despues de hechos, sin que por esto pierda los que únicamente tuvieron utilidad en su comienzo, porque éstos debe abonárselos el tutor con sus propios bienes.

La razon de esta diferencia es sencilla: la ley vela por los incapacitados, á fin de que no sufran el más pequeño menoscabo en sus intereses, lo que á nuestro modo de ver, si tiene perfecta explicacion en los contratos, no nos parece lo mismo en los cuasi-contratos, donde la capacidad de las personas es indiferente, por hallarse fundados en la equidad.

Artículo 2184.—Lo prescrito en los anteriores artículos sólo tiene lugar cuando el gestor obrare en la administracion de las cosas ajenas por beneficio del dueño, y no en provecho propio ni con dañada intencion.

En el caso contrario perderá aquél los gastos hechos en la cosa, á no ser que en ella hubiere hecho mejoras de las cuales pueda cobrarlos, ó que las ganancias obtenidas fueren tales que al dueño le quedara parte de ellas despues de pagar las impensas, en cuyo caso puede el gestor retenerlas.

Este deberá pagar igualmente los daños, pérdidas y deterioros que de cualquier modo sufriere la cosa administrada de mala fe.

ORÍGENES

Ley 29, tit. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 6.ª, tit. V, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

Es terminante el precepto de la ley contra el gestor que procediere en la administracion de las cosas ajenas en provecho propio ó con dañada intencion: pierde por ello los gastos que hubiere hecho. Mas esta regla tiene dos excepciones: primera, cuando á pesar del falso móvil que le impulsó á administrar los bienes de otro, hizo en ellos mejoras; y segunda, cuando obtuvo ganancias tales, que despues de cobrar los gastos quedaran parte de ellas al dueño. En uno y otro caso puede cobrar las expensas, ya de las mejoras en el primero, ya de las ganancias en el segundo; porque si bien es cierto que no procedió por beneficio del dueño, tambien lo es que éste en último término salió beneficiado, tanto en hallarse con sus bienes conservados cuando los dejó en completo abandono, como por las ganancias ó mejoras que ademas obtuvo, y no es justo se enriquezca en perjuício del otro.

No sucede lo mismo cuando los bienes hubieren sufrido daño, pérdida ó deterioro por la mala fe con que obró el gestor; éste en tal caso debe pagarlo todo; pues como hemos visto ántes decía Gayo, sería absurdo que mereciendo una pena, se le otorgase un premio.

Artículo 2185.—El gestor deberá proceder siempre de buena fe, procurando que las cosas administradas no pierdan ni se destruyan por su culpa ó engaño; en caso contrario, deberá pagar todos los daños y menoscabos.

Cuando fué impulsado á administrar aquellas cosas por el completo abandono en que se hallaban y por evitar perjuícios al dueño de ellas, no está obligado á pagar lo que por su culpa se perdiese, á no ser que por su engaño se diere lugar á la pérdida ó deterioro.

ORÍGENES

Ley 30, tit. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte sustancialmente con: Arts. 1374, Cód. Francia.—2277 Luisiana.—1026 Vaud.—1392 Holanda.—2, capítulo XIII, libro IV, Baviera.—Ley 11, tít. V, lib. III, Digesto.

La segunda parte concuerda con la ley 3.ª, pár. 9.°, tít. V, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

El principio que el legislador tuvo en cuenta para resolver las dudas y casos que en lo relativo á la gestion de negocios ajenos se presentaren, es la buena ó mala fe con que el gestor procediere, el móvil por el cual tomó á su cargo la administracion de los bienes de otro. No podía consentir la ley que al amparo de sus preceptos se encargase nadie de las cosas ajenas más que por afecto ó necesidad, por esperanza de lucro ó provecho propio, y de aquí lo prescrito en la primera parte de nuestro artículo.

Mas pudiera suceder que, no obstante ser impulsado el gestor, al administrar los negocios de otro, por el abandono en que él mismo los dejó y por evitarle los perjuicios que tal abandono pudiera producirle, perdieren ó se empeorasen los bienes por culpa del que con tan buen fin entró á administrarlos; y en este caso la ley, teniendo en cuenta su buena intencion, le exime de pagar las pérdidas que ocasionó, siempre que no se pruebe que obró con engaño, en cuyo caso su mala fe le hace responsable de los daños causados.

Artículo 2186.—El que por error administrare ó cuidare algunos bienes creyéndoles propios de una persona, pero siéndolo de otra, tiene derecho á exigir del verdadero dueño el pago de los gastos hechos en aquellos bienes, del mismo modo que si hubiere mediado mandato. El gestor en el mismo caso deberá rendir cuentas al dueño, entregándole los frutos producidos.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 5.ª, tít. V, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

En rigor, el caso del artículo viene á ser igual al que tiene lugar cuando uno administra bienes de persona conocida: en uno y otro el gestor es impulsado por razon de afecto ó necesidad; mas como la ley exige que el servicio se preste á determinada persona y ésta no resulta beneficiada, por ser los bienes de otra á quien el gestor no sabía pertenecieran, deja la gestion de ser un cuasi-contrato en este caso, saliendo perjudicado en sus intereses el gestor por no poder cobrar los gastos que aquélla le hubiera ocasionado. Pero la ley por equidad le concede derecho para reclamar tales gastos como si hubiere mediado mandato del dueño, obligándole á que dé cuentas á éste, restituyéndole los bienes administrados con los frutos producidos, y viene á ser, como hemos dicho, igual este caso al de gestion de bienes pertenecientes á persona determinada.

Artículo 2187.—Si uno recibiere en nombre de otro alguna cosa por razon de deuda ú otro título, y el segundo lo aprueba, queda obligado el primero á entregarle lo que por él recibió, cobrando los gastos invertidos en tal recibo.

Cuando lo recibido por el gestor fuere el importe de una deuda, queda libre de ella el deudor desde el momento en que el acreedor apruebe el cobro.

El que paga una deuda ajena, libra de ella al deudor, aunque no haya mediado mandato; el deudor, sin embargo, queda obligado á dar al que por él pagó la cantidad entregada como si lo hubiese hecho de su órden.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 6.ª, párr. 9.°, tít. V, libro III, Digesto.

Artículo 2188.—El gestor ó administrador de cosas ajenas, especialmente cuando lo es sin mandato del dueño de éstas, no debe comprar ni hacer otra clase de negocios que el mismo dueño no hubiere intentado. De otro modo responderá de las pérdidas ó menoscabos que sufran las cosas, áun cuando sobrevengan por caso fortuíto.

Si produjeren ganancias los actos ó contratos verificados contra lo dispuesto en el párrafo anterior por el gestor, se adjudicarán al dueño de las cosas, cobrando aquél los gastos ocasionados en tales actos.

ORÍGENES

Ley 33, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 11, tít. V, lib. III, Digesto.

COMENTARIO

En otra parte hemos dicho que, por regla general, no se responde del caso fortuíto; pero hay casos en que esta regla no rige, y uno de ellos es el del artículo, porque si el gestor que hace lo que conviene, lo que los mismos negocios exigen, no dando ocasion al caso fortuito, no debe responder de él, no sucede lo mismo cuando le da lugar haciendo cosas que no eran necesarias ni hubiera hecho el verdadero dueño; entónces debe pagar las pérdidas ó menoscabos que sufriere la cosa administrada, por la regla *culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.*

Artículo 2189.—Pretendiendo alguno cuidar con el mayor esmero de las cosas ajenas, si otra persona se encargase de su cuidado y administracion, debe obrar como aquél quería hacerlo, debiendo en otro caso abonar al dueño todos los perjuícios provenientes de su culpa, negligencia ó engaño.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 6.ª, párr. 12, tít. V, libro III, Digesto.

COMENTARIO

Si el gestor es responsable del buen manejo y gobierno de los intereses pertenecientes á otra persona, cuando por dejarlos ésta abandonados, sin nombrar quien los cuide, pudieran empeorarse, se comprende perfectamente que se exija mayor responsabilidad á aquel cuando tome á su cargo la administracion de tales bienes, habiendo otro que los quería administrar y cuya diligencia le abonaba. Por esta razon responde de la culpa levísima y está obligado á resarcir al dueño de las pérdidas que hubiere en sus cosas por culpa, negligencia ó engaño.

Artículo 2190.—El que por razon de piedad ó caridad recogiese en su casa algun huérfano desamparado y lo educase, no puede despues exigir al mismo los gastos invertidos en su educacion y administracion de sus bienes.

ORÍGENES

Ley 35, tít. XII, Partida 5.ª
Ley 35, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La razon del artículo es muy sencilla, y la hallamos perfectamente expuesta en la ley: *Ca pues él se movió á criar el mozo por razon de piedad é de misericordia, entiéndese que lo fizo por auer gualardon de Dios; é porende non es tenudo el mozo de darle ninguna cosa por el bien fecho que le fizo, nin por las dispensas que fizo en recabdando sus cosas; como quier que el mozo, en todo el tiempo de su vida, le deue fazer honra, é bien é reuerencia en todas las cosas que pudiere.*

Artículo 2191.—Exceptúase de lo dispuesto en el artículo anterior el caso en que siendo la amparada una mujer, quisiere el que la acogió casarse con ella ó casarla con alguno de sus hijos, y la mujer ó su padre la repugnasen: cualquiera de éstos que impidiere el matrimonio deberá pagar los gastos invertidos en la crianza y educacion de aquella.

ORÍGENES

Ley 35, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 16, Código Romano, *De nuptiis.*

COMENTARIO

En el presente caso la razon de caridad á que el legislador atendía en el artículo anterior para no dar derecho al gestor para cobrar los gastos invertidos en la crianza del huérfano, cesa desde el momento en que la mujer ó su padre no corresponden al deber de gratitud; pero esta regla puede producir muchos inconvenientes para llevarla á la práctica en todos los casos, y por esta razon creemos que para aplicarla debe ha-

cerse, siempre que no mediare justa causa, por parte de la mujer ó de su padre para oponerse al casamiento á juicio del juez.

Artículo 2192.—Tampoco podrá reclamar gastos la abuela que mantuviere y educare al nieto cuyo padre haya muerto, á no ser que teniendo aquélla en su poder los bienes del nieto, puedan con ellos cubrirse los gastos causados.

Asimismo podrá reclamar los desembolsos hechos en la alimentacion y educacion, aunque no se hallen en su poder los bienes del nieto, cuando, siendo éste rico, hiciere aquélla los gastos con protesta de reintegrarse de ellos.

ORÍGENES

Ley 36, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Análogas razones á las expuestas en los dos artículos anteriores pueden aducirse en éste. Cuando la abuela mantiene y educa á un nieto que carece de bienes, y que se halla completamente desamparado por la muerte de su padre, razones de piedad impiden el que aquélla pueda reclamar los gastos con tal objeto hechos; mas desaparecen esas razones desde el momento en que el nieto, por tener bienes, puede reintegrar aquellos gastos, siempre que la que los hizo hubiera hecho constar que pensaba recuperarlos.

Esta ley comprende dentro de su disposicion á la madre del mismo modo que á la abuela. Mas despues de la ley del Matrimonio civil, se hace inaplicable el precepto respecto de la primera. Ejerciendo la madre la patria potestad, será usufructuaria de los bienes del hijo, si los tiene, en cuyo caso no se aplica esta ley, sinó el art. 65 de la ley de Matrimonio. Si el hijo carece de bienes, claro es que no cabe reintegro.

Artículo 2193.—El padrastro que tiene en su casa á su entenado haciendo constar que los gastos invertidos en su manutencion y cuidado de sus bienes los hace con intencion de cobrarlos, puede hacerlos efectivos de los bienes del mismo.

Esta regla no tendrá aplicacion cuando el entenado, por su edad y condiciones, prestase servicios al padrastro, en cuyo caso podrá éste solamente reintegrarse de los gastos que hubiere hecho en la conservacion y administracion de los bienes.

Lo dispuesto en el anterior párrafo respecto del padrastro es tambien aplicable al caso en que se trate de personas extrañas.

ORÍGENES

Ley 37, tít. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

La excepcion admitida en este artículo respecto al caso en que el entenado preste servicios útiles al padrastro, por los cuales éste sólo podrá recuperar los gastos que hubiere hecho en el cuidado de los bienes de aquél, mas no los invertidos en su educacion y cuidado de su persona, la creemos igualmente aplicable al caso del anterior artículo; porque si bien la ley nada dice, es lo cierto que hallándose establecida respecto de los padrastros y extraños, con mayor motivo debe entenderse aplicable tratándose de los nietos.

Por lo demas, el artículo presente no ofrece duda que merezca explicacion.

Despues de consignar la ley que, prestando el entenado servicios á su padrastro, *non deue cobrar las dispensas que fiziere en gobernallo*, añade: «Ca guisada cosa es que el seruicio del moço se descuente en las despensas que son fechas en razon de su persona.» Aunque la palabra *descuente* que usa la ley parece desvirtuar el precepto que explica, entienden los autores que no es verdadero descuento lo que la ley pretende que se establezca, sinó que, cualquiera que sea la importancia de los gastos y de los servicios, se entiendan compensados como si fuesen equivalentes.

Artículo 2194.—El condueño que con sus propios bienes, y dando conocimiento á sus compañeros, repara ó hace obras para evitar la ruina de la cosa comun, tiene derecho á que cada uno de sus compañeros le abone la parte que le corresponda de los gastos invertidos en las obras, en el plazo de cuatro meses, contado desde que terminaron éstas

y fueron reclamados á aquéllos los gastos.

Los condueños que dejaren pasar el plazo sin pagar, pierden su derecho á la parte en que fueron hechas las obras, y pasan á poder del condueño gestor.

Si éste obró de mala fe no dando aviso á sus compañeros, haciendo alguna cosa nueva en su nombre como si todo fuere suyo, ó sin gastar de lo suyo, pierde los gastos y se hacen comunes las obras.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XXXII, Partida 3.ª

COMENTARIO

Las muchas divisiones y discordias á que puede dar lugar la propiedad indivisa de una cosa perteneciente á varios dueños, y los perjuícios grandes que pudieran causarse á unos por la falta de diligencia de los otros en la conservacion y cuidado de la cosa comun, movió al legislador á establecer la doctrina consignada en nuestro artículo.

No era justo que por la negligencia, abandono ú oposicion de un condueño se dejaran de hacer obras que evitasen la ruina de la cosa, y por ello sufriese otros perjuícios en sus intereses, ni que, llevadas á cabo por éste las obras, entrase aquél á disfrutar los beneficios sin pagar los gastos que á él correspondiesen, por lo cual la ley dispone que el condueño que por evitar la ruina de la cosa comun hiciese en ella obras para conservarla, dando conocimiento de ello á sus compañeros, puede exigir de los otros la parte de gastos que respectivamente les corresponda, ya que obtuvieron el beneficio; y al que no la pagare dentro de cuatro meses, pierde la parte que tuviere en la cosa, pues no es justo que primero por su abandono en repararla, y luégo por su oposicion, sufran los demas perjuício. Ahora bien: si el condueño gestor de las obras procedió en su ejecucion de mala fe, sin avisar á sus compañeros, haciendo labores nuevas en su nombre, como si todo fuere suyo, pierde el derecho á los gastos y á lo nuevamente obrado, lo cual se hace comun.

SECCION SEGUNDA

DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Artículo 2195.—Cuando por error de hecho se paga á otro lo que no se debe, queda éste obligado á la restitucion siempre que se pruebe el error.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XX, lib. III, Fuero Real.
Ley 28, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1376 Cód. Francia.—1145 Italia.—1396 Holanda.—1335 Bolivia.—3, cap. XIII, lib. IV, Baviera.—Ley 7.ª, tít. VI, lib. XII, Digesto.—Párr. 6.º, tít. XXVII, libro III, Instituciones.

JURISPRUDENCIA

Sent. 15 Marzo 1871.

Cuando uno satisface á la persona con quien ha contratado, y no á otro á quien nada debia, no tienen aplicacion las leyes 65, párrafo final, y 2.ª, párr. 1.º, Digesto, *De conditione indebiti*, ni la 10, Código *De juris et facti ignorantia*, ni las 28 y 29, tít. XIV, Partida 5.ª, que disponen que el que creyendo satisfacer una deuda paga á otro lo que no debe, tiene derecho á repetir lo entregado (Sent. 26 Setiembre 1870).

Los pagos hechos por error calificable de hecho con semejanza jurídica á los casos del mismo error que se expresan en la ley 28, tít. XIV, Partida 5.ª, deben devolverse al que los hizo por el que los recibió, como terminantemente expresa dicha ley (Sent. 21 Mayo 1874).

El que paga una deuda por error de hecho ó dudando si es cierta ó no, no se le reputa culpable, y por lo tanto no tienen aplicacion al caso las reglas de derecho 22 y 25 de la Partida 7.ª (Sent. id. id. id.).

Las leyes 28 y 30, tít. XIV, Partida 5.ª, en las que se dispone que aquel que por error ó á sa-

biendas recibe lo que otro le paga en concepto equivocado de deberlo, está obligado á la restitucion, no son aplicables si no se prueba que se diese cantidad alguna por equivocacion ó no debiéndola, pues sin esta demostracion no es posible la infraccion de las leyes referidas (Sentencia 21 Junio 1875).

Si bien la ley 28, tít. XIV, Partida 5.ª, dispone en términos generales que la paga *deue ser revocada cuando es fecha como non deue*, la aplicacion de este precepto hay que subordinarla en cada caso al resultado de las pruebas; y no puede sostenerse lógica y jurídicamente, sin incurrir en una peticion de principio, que la Sala sentenciadora infringe esa ley, cuando al declarar procedente la demanda y absolver al demandante de la reclamacion propuesta por el demandado por vía de reconvencion, se funda precisamente en el resultado de las pruebas, que aprecia como estimó justo, y no se impugna esa apreciacion, demostrando que al hacerla se infringe ley ó doctrina legal (Sent. 27 Noviembre 1875).

COMENTARIO

La paga de lo indebido es un cuasi-contrato, sobre el cual existen muchas leyes en nuestro derecho y cuyas disposiciones no ofrecen grave dificultad.

Está basado en el principio fundamental de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, y con arreglo á él queda obligado á devolver la cosa con sus frutos el que la recibió de quien naturalmente no se la debia, y por error de hecho creía lo contrario al entregársela.

Decimos que el error debe ser de hecho, porque así lo da á entender la ley cuyos dos ejemplos, á la vez que lo atestiguan, explican perfectamente la naturaleza de este cuasi-contrato, por lo cual copiamos á continuacion su texto. Dice así: *Cuidan, é creen á las vegadas los omes, que son tenudos de dar, ó de fazer pagas, de cosas que non deuen. E esto podria ser, como si alguno que fuese debdor de otro, pagare aquella debda su personero ó su mayordomo; é despues deso, él non lo sabiendo pagase otra vez aquella debda misma. O como si acaesciesse que seyendo un ome debdor de otro le quitase aquella debda en su testamento aquel á quien la debía, é él non sabiendo que gela habia quita, la pagase á sus herederos...*

Artículo 2196.—Incumbe la prueba del error al demandante cuando el demandado por restitucion de paga confiesa haberla recibido y niega el error. Si el demandado niega la paga y el demandante sólo prueba su existencia, aunque no la del error, debe el primero restituír lo recibido, á no ser que luégo quisiere justificar la legitimidad del pago.

Exceptúanse de esta regla los menores de veinticinco años, las mujeres, los simples labradores y los soldados. Si éstos demandan por restitucion de paga á otra persona que la considera legítimamente hecha, queda esta obligada á probar su derecho á ella para eximirse de su restitucion.

ORÍGENES

Ley 29, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 25, tít. III, lib. XXII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando se paga debiendo y con conocimiento de lo que se paga, no se puede alegar que se ha hecho con error porque el acreedor no abone aquel pago en cuenta de capital, y sí de la renta ó pension (Sent. 13 Abril 1861).

Cuando la Sala sentenciadora, apreciando en uso de sus facultades las pruebas suministradas por las partes y el resultado de los autos, estima que al demandante se le indujo á error para el cobro de la cantidad que los demandados percibieron indebidamente, ha de estarse á esta apreciacion si contra ella no se cita la infraccion de ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales (Sent. 15 Marzo 1871).

COMENTARIO

Una regla y una excepcion forman el contenido de este artículo. Con arreglo á la primera, al demandante incumbe la prueba del error con que procedió al hacer el pago, siempre que el demandado confiese haberle recibido, pero sostenga su legitimidad; y si éste negare el hecho de la entrega y el demandante lo justificare, el primero debe restituír lo recibido miéntras no pruebe que la deuda era cierta.

Con arreglo á la excepcion, no están obligados á probar el error los enumerados en el segundo párrafo del artículo; los que recibieron el pago son los obligados á probar su derecho al mismo, y, por tanto, el no estar sujetos á devolverlo.

Artículo 2197.—No pueden pedir restitucion de lo pagado indebidamente:

1.° El que hizo el pago sabiendo que no estaba obligado, á no ser menor de edad.

Si el pagador dudase de si era ó no deudor, podrá reclamar la paga indebida justificando que no era cierta la deuda *(a)*.

2.° El que pagó las mandas dejadas en testamento imperfecto, áun cuando ignore el derecho que tiene á no pagarlas (*b*).

3.° El que pagó por virtud de alguna transaccion, á no ser que el litigante con quien transigió hubiere procedido con dolo, sustrayendo los títulos del contrato ó deteniendo sus testigos *(c)*.

4.° El que pagó algo por razon de dote ó arras, aunque despues resulte no ser cierta la razon de parentesco ú otra por la cual se hiciera la entrega *(d)*.

5.° El que pagó mediando por su parte causa torpe ó ilícita.

Si la torpeza fuere únicamente de parte del que recibe, há lugar á la restitucion *(e)*.

ORÍGENES

(a) Ley 30, tít. XIV, Partida 5.ª
(b) Ley 31, tít. XIV, Partida 5.ª
(c) Ley 34, id., id.
(d) Ley 35, id., id.
(e) Ley 47, id., id.

JURISPRUDENCIA

La ley 30, tít. XIV, Partida 5.ª, que dispone que *quien paga á sabiendas lo que no debe, no lo puede demandar despues, pero que podrá hacerlo el que pague en duda*, exige en todo caso la certeza y legitimidad de la deuda (Sentencia 31 Marzo 1870).

Segun la ley 30, tít. XIV, Partida 5.ª, el que paga á sabiendas deudas que no debía, no lo puede despues demandar (Sent. 23 Mayo 1873).

COMENTARIO

Faltando el error de hecho en el que hace el pago, no hay lugar á la restitucion del mismo. Esto sucede cuando uno paga sabiendo que no es deudor; léjos de querer con ello extinguir una obligacion, lo que en realidad hace es dar aquello que entrega, y por tanto, no puede despues reclamarlo. Cesa esta presuncion cuando el que paga es menor de veinticinco años, porque su falta de capacidad le releva de la restitucion.

Si la deuda que se pagase fuere dudosa por parte del que la entrega, en este caso debe serle restituída, porque ya existió el error de su parte.

El error de derecho á nadie aprovecha; *ca tenemos que todos los de nuestro señorio deuen saber estas nuestras leyes*, dice la ley. Por esta razon, así como el error de hecho invalida el acto en que ha mediado, por error de derecho nadie puede pedir lo que entregó sin obligacion de hacerlo. Tal es la razon de la primera parte de nuestro artículo.

En esta ley se hacen algunas excepciones en favor de las mujeres, militares, etc.; pero entendemos que no son de actual observancia. (Véase lo que acerca de este punto decimos en el artículo 2.° de este Código.)

La razon de que no pueda reclamarse como indebido lo que se da en calidad de dote ó arras, y bajo el supuesto falso de parentesco ó deuda, es porque tal donacion constituye un acto de piedad.

Algo hemos dicho ya acerca de lo pagado por causa torpe ó ilícita. Varias leyes desenvuelven este mismo principio, pero casi todas se limitan á presentar distintos casos; mas todos caben dentro de aquella regla general.

Segun ésta, no hay lugar á reclamar lo que se dió ó prometió por alguna causa contraria á las leyes ó á las buenas costumbres. Esta causa se llama torpe ó ilícita, y la torpeza puede estar, segun la ley 47, de parte del que da ó del que recibe, ó de ambos. Está de parte del que recibe, segun se expresa la ley, cuando se promete pagar alguna cosa á otro para que no sea adúltero, sacrílego ó delincuente; pues como todo hombre debe obrar bien y no hacer lo que por la ley está prohibido, debe restituir lo que recibió con tal objeto. En el mismo caso se halla el que recibe dinero ó cantidad por devolver lo que le fué dado en préstamo ó depósito, y el que habiendo robado un hijo exige al padre cierta suma para entregarlo.

Las demas leyes citan otros ejemplos que

vienen á confirmar la misma doctrina, y entre ellas la 52 niega el derecho de reclamar al litigante lo que entregó al juez para que fallo á su favor, así como éste no puede tampoco hacerlo suyo, y la 53 prescribe que no puede reclamarse tampoco lo que se dió á una mujer, ya sea honrada, con el fin de corromperla, ya sea pública, porque la torpeza se opone á la moral y buenas costumbres, y todo lo que se entregue con fin contrario á ellas ó á la ley, no puede repetirse.

Artículo 2198.—El que paga una deuda ántes que se cumpla la condicion de la cual aquélla depende, puede repetir el pago como indebido si dicha condicion no se cumple.

Si ésta hubiere de cumplirse necesariamente, no puede reclamarse el pago hecho ántes de su cumplimiento.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 16 y 17, Digesto, *De Jur. et fac. ign.*

Artículo 2199.—Tampoco pueden utilizar la excepcion de lo indebido:

1.° El condenado por sentencia á pagar una cantidad, aunque no la deba, si no se alza de la sentencia y paga, á no ser que justificare la falsedad de las pruebas, documentos ó testigos presentados.

2.° El que á pesar de haber sido absuelto por sentencia de la deuda ú obligacion que se le exigía, la paga despues.

3.° El que por evitarse pleitos promete pagar y paga cierta cantidad al colitigante que le demanda, aunque sea injustamente, á no ser que despues probare el que pagó que el demandante procedió maliciosamente, sabiendo que nada le debía.

ORÍGENES

Ley 33, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: ley 1.ª, Código Romano, *De Cond. ind.*; leyes 60 y 65, Digesto, id., id.

COMENTARIO

No es menester explicacion del precepto consignado en el número primero del presente artículo: desde que una sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada, no puede reclamarse contra ella, y por tanto, el condenado á pagar una cantidad no puede exigirla como indebida una vez que la pagó y no se alzó de la sentencia.

Respecto al segundo párrafo, el que despues de ser absuelto de pagar lo que en realidad debía, paga, no puede reclamar nada, porque, como dice la ley, *maguer que los judgadores quitan á las vegadas de las demandas á algunos á quien non debian quitar, é despues que las quitan, segun sotileza de derecho, non los puede apremiar que paguen; con todo, naturalmente fincan obligados á aquellos por quien es dada la sentencia; é por ende pagando ó faciendo lo que les demandan, non lo pueden despues demandar.*

En igual caso se encuentra el que por evitarse pleitos promete dar y da una cantidad al colitigante que quería demandarle; él se obligó voluntariamente y no puede eludir el cumplimiento de la obligacion contraída, ni repetir contra ella una vez llevada á cabo; mas como no sería justo que por la mala fe ó engaño de uno saliese perjudicado otro, la ley autoriza al demandado para reclamar lo que dió indebidamente al que de aquel modo procedió.

Artículo 2200.—El que juzgándose de buena fe con derecho á una herencia, la acepta y paga en nombre del difunto deudas por éste contraídas, puede cobrarlas de la misma herencia, ántes de hacer entrega de ella al que por tener mejor derecho la adquiera; y si entregare la herencia sin haberse cobrado el valor de las deudas pagadas, puede reclamarlas al heredero. En ninguno de los dos casos puede tenerlo contra aquellos á quienes pagó.

Cuando dicho pago se hace, no en nombre del difunto, sinó en el propio, creyéndose deudor sin serlo, puede reclamarse su importe de los que le recibieron, y en defecto del heredero que adquirió los bienes hereditarios.

ORÍGENES

Ley 36, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con la ley 5.ª, tít. XXXI, libro III, Código Romano.

COMENTARIO

Respecto al primer párrafo del artículo, los acreedores del finado no están obligados como tales acreedores á devolver lo que de derecho les correspondía y les fué entregado. Por esta razon, el que paga las deudas de una persona creyéndose heredero de ella, llegado el caso de tener que entregar la herencia á otro, puede cobrar lo que dió de la misma herencia ántes de entregarla, ó reclamando despues al heredero.

Si las deudas fueron pagadas en nombre propio, bajo el supuesto falso de ser deudor, el error con que en este caso se procede da derecho á reclamarlas de quien indebidamente las recibió.

Artículo 2201.—La restitucion de la cosa pagada indebidamente debe hacerse con los frutos que produjo miéntras la tuvo en su poder el que la recibió.

Si el que la recibió lo hizo de buena fe creyendo que se le debía, y despues la vendió, debe restituír el precio que obtuvo por ella; si la perdió por muerte ó caso fortuito, no estará obligado á la restitucion. Mas si la recibió con mala fe, deberá, ya la hubiere vendido, ya perdido, restituír su justo precio ó valor.

ORÍGENES

Ley 37, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 65, párr. 8.°, tít. VI, libro XII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La ley 37, tít. XIV, Partida 5.ª, en que se declara que *si alguno paga lo que no debe, puede recobrarlo con frutos*, no tiene aplicacion al caso en que lo que se pagó *era deuda legítima* (Sent. 31 Marzo 1870).

COMENTARIO

La ley de Partidas, despues de prescribir que la cosa indebidamente pagada se restituya con los frutos que produjo miéntras estuvo en poder del que la recibió, hace distincion de la buena ó mala fe con que éste procediere, para determinar lo concerniente á cada caso.

Con arreglo á sus preceptos, no responde del caso fortuíto el que la tuvo buena, y solamente debe devolver el precio recibido de la cosa si la vendió, porque al hacerlo procedió conforme á lo que creyó ser su derecho. Mas si tuvo mala fe responde, no sólo de la pérdida ó destruccion de la cosa, sinó tambien de su venta, y en todos casos debe pagar su estimacion.

Artículo 2202.—Cuando el obligado alternativamente á entregar una de dos cosas entregare por error ambas, puede pedir la restitucion de cualquiera de ellas.

Si alguna hubiere perecido, no podrá reclamar la otra.

ORÍGENES

Ley 39, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 32, tít. VI, lib. XII, Digesto.

COMENTARIO

La razon que existe en el primer párrafo para dar derecho á reclamar una de las cosas entregadas, no existe en el segundo, porque si en realidad se debe una cosa, sin marcar cuál de las dos que se han prometido, deben ser entregadas ambas, puede pedirse la otra; pero destruída una de ellas, el acreedor sigue teniendo derecho á la otra, y si la ha adquirido no queda obligado á devolverla.

Respecto á la duda que parece haber en cuanto á quién corresponde la eleccion de la cosa que debe ser reclamada cuando ambas por error han sido entregadas, creemos que el deudor es quien debe hacerla, porque así lo da á entender la ley al decir: *bien puede demandar le torne la una dellas cual más quisiere*.

Artículo 2203.—El que creyéndose obligado hace una obra ó presta un trabajo,

tiene derecho á que se le reintegre de su coste ó valor, calculado por lo que hubiere exigido otro artífice de las mismas condiciones.

ORÍGENES

Ley 40, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 26, párrafo XII, título VI, lib. XII, Digesto.

COMENTARIO

El cuasi-contrato de la paga de lo indebido no se limita á las obligaciones que consisten en dar, sino tambien á las de hacer, con la diferencia de que en éstos no queda obligado el que obtuvo el beneficio á la repeticion material del hecho, sino á pagar el precio en que se estimare el mismo.

Artículo 2204.—Cuando mediare novacion del contrato, no puede el deudor excusarse de cumplir una ú otra obligacion porque la primera se hubiere extinguido, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1289.

ORÍGENES

Ley 41, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Lo prescrito en este artículo queda ya explicado en el 1289, y á lo que en él dijimos nada tenemos que añadir.

Artículo 2205.—Declarado nulo ó falso un testamento despues de haber pagado un testamentario las mandas en aquel dejadas, puede el que herede los bienes recobrarlas de los legatarios, quienes están obligados á devolverlas.

ORÍGENES

Ley 42, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 2.ª, Digesto, *De cond. ind.*

Artículo 2206.—El que recibe dinero ó cosas que otro le entrega para hacer ó prestar alguna obra ó servicio, queda obligado á su cumplimiento ó á restituír en otro caso las cantidades ó cosas recibidas, indemnizando ademas los daños y menoscabos que se ocasionaren.

ORÍGENES

Ley 43, tít. XIV, Partida 5.ª

Artículo 2207.—El mandatario que recibe dinero para hacer determinado encargo y por enfermedad ú otra circunstancia no puede desempeñarlo, debe devolver lo recibido.

Si todo se hubiere gastado en preparativos, nada deberá restituír, ni si gastó parte devolverá el resto.

Cuando el mandatario faltó á su encargo por haberse arrepentido despues de haber recibido el dinero, debe restituírlo todo, aunque lo hubiere gastado.

ORÍGENES

Ley 44, tít. XIV, Partida 5.ª

Artículo 2208.—Si una persona ejecutase un acto ó prestase un servicio porque otra le hubiere prometido por ello alguna cosa, tiene derecho á exigir del promitente el cumplimiento de lo ofrecido. Si el promitente rehusare entregarlo, podrá ser condenado á pagar el precio y los daños, regulados uno y otros por juramento del que debe recibirlo, y con estimacion del juez.

ORÍGENES

Ley 45, tít. XIV, Partida 5.ª

Artículo 2209.—La donacion modal ó por causa debe ser restituída por el donatario si deja de cumplir aquello para que se le dió.

Si el donante no expresó la causa ó condicion que tenía propósito de imponer, no está obligado el donatario á devolver lo recibido, aunque no cumpla lo que el donante deseaba y no expresó.

ORÍGENES

Ley 46, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 7.ª y 8.ª, Código Romano, *De cond. ob causa.*

COMENTARIO

En el caso del párrafo 2.º de este artículo, dice la ley, explicando su razon de decidir: «Ca pues non señaló nin dijo razon ninguna porque gelo daua, entiendese que lo fizo con entencion de dargelo francamente.»

Artículo 2210.—La persona que entregare á otra determinada cantidad para que le liberte del cautiverio ó de la prision, ó para que le proporcione las cosas que le hubieren sido robadas, no puede reclamar la restitucion de lo entregado, á no ser que el que recibió aquella cantidad fuere cómplice en el robo ó secuestro.

ORÍGENES

Ley 48, tít. XIV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 4.ª, párr. 4.º, Digesto, *de cond. ob turp.*

Artículo 2211.—El que á sabiendas hace un pago cuya causa es torpe, así como el que paga de buen grado despues de haber mediado fuerza, error ó engaño, no puede exigir su restitucion como indebidos.

ORÍGENES

Ley 49, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La explicacion del precepto contenido en este artículo es sensible. En el primer caso no cabe reclamacion de lo entregado, porque la causa de ello, por ser torpe, era contraria á la ley y á las buenas costumbres; y en el segundo caso, porque si bien medió en el acto de la promesa un vicio que la haría nula, desaparece ese vicio desde el momento en que se paga de buen grado lo prometido.

Artículo 2212.—Lo entregado como precio de un delito que haya de cometerse ó para que el donatario ejecute un acto torpe ó deshonesto, no puede reclamarse como indebido por el donante, áun cuando no se lleve á cabo el acto causa de la donacion.

ORÍGENES

Leyes 52 y 53, tít. XIV, Partida 5.ª

Artículo 2213.—El que diere alguna cosa á otro porque no descubra un delito que hubiere cometido, tiene accion para reclamar lo que donó.

ORÍGENES

Ley 54, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

En el caso del artículo no hay torpeza por parte del que da, porque, como dice la ley, si bien es cierto que la hubo en el acto de cometer el delito, no existe en el de dar algo para librarse de él, ca *sabida cosa es que todo ome debe puñar cuanto pudiere para estorcer que non caya en peligro de muerte ó de mala fama*, y podrá, por tanto, reclamar lo que con ese fin dió; mas no sucede lo mismo respecto al que recibió el dinero; éste obró con malicia, por dos razones: *la una, porque si le queria librar de muerte, débelo facer por el natural amor que un ome debe aver con otro, é non por precio ninguno. La otra es, que encubre la justicia é la vende porque non se cumpla, pues que rescibió precio por encobrir el malfechor;* por cuyas dos razones le obliga la ley á devolver el precio recibido.

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DELITO Y DE LA CULPA Ó NEGLIGENCIA.

Artículo 2214.—La responsabilidad proveniente de delito, culpa ó negligencia se estimará con arreglo á las prescripciones del Código penal vigente.

ORÍGENES

Tít. II, lib. 1.°, Código penal.

COMENTARIO

«Todo el que comete un delito ó falta contrae la responsabilidad civil definida y regulada en el Código penal.»

«Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algun género de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparacion del perjuicio ocasionado á tercero.»

Estas son las dos disposiciones que contiene el Proyecto de Código civil en este punto, y cuyo espíritu puede decirse es el hoy vigente y en observancia.

TÍTULO XXVI

DE LA GRADUACION DE ACREEDORES

CAPITULO PRIMERO

DE LOS PRIVILEGIOS

Artículo 2215.—Cuando los bienes de una persona no alcanzan á responder de las obligaciones por ella contraídas, hay que atender, para fijar la prelacion de créditos, á su antigüedad ó á su naturaleza, segun se prescribe en los artículos siguientes, y salvo lo dispuesto en Títulos anteriores.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 5.ª

Leyes 27, tít. XIII, Partida 5.ª y demas citadas en los siguientes artículos.

JURISPRUDENCIA

Cuando la cuestion versa sobre preferencia de créditos, no puede ser invocada útilmente, en apoyo de un recurso de casacion, la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 31 Enero 1861).

Si bien es cierto el principio general de derecho comun de que entre varios acreedores igualmente privilegiados es preferente en derecho el que es primero en tiempo, esto sólo tiene lugar cuando consta la prioridad de ese tiempo (Sent. 2 Abril 1869).

COMENTARIO

Al pago de las deudas responden todos los bienes presentes y futuros del que las contrajo, principal garantía de las obligaciones y regla que, sin necesidad de haber sido formulada como precepto en las legislaciones, ha sido adoptada por todos los pueblos y admitida como base por los legisladores; mas no siempre los bienes de una persona son bastantes para cubrir el total de deudas contraídas, y en este caso, como dice la ley 2.ª, tít. XV, Partida 5.ª, *si las debdas non fueren todas en una guisa, porque algunos de los que las deuen auer ouiessen mejoria que los otros; como si les fuessen obligados primeramente, ó ouiessen otro derecho alguno por sí contra tales bienes, en la manera que digimos en el titulo de los peños; estonce, deuen ser pagados primeramente estos debdos atales, maguer que para los otros non fincasse ninguna cosa de que los entregassen.* En el mismo sentido se expresa la ley 27, tít. XIII, Partida 3.ª, que dice: *Guisada cosa es é derecha que aquel que rescibe primeramente la cosa á peños, que mayor derecho aya en ella, que el otro que la rescibe despues*; de cuyas dos disposiciones se deduce la necesidad de establecer un órden para el pago de los créditos existentes contra una persona que no tiene bienes bastantes para responder de los mismos. Ese órden puede establecerse, segun acabamos de ver, atendiendo, ya á la antigüedad entre acreedores de una misma clase, ya al privilegio, entendiéndose por tal el derecho de prelacion que la naturaleza ó calidad de la deuda da á un acreedor sobre los otros.

Artículo 2216.—Los acreedores de dominio dueños de las cosas dadas en depósito, guarda, comodato ó cualquier otro título por el cual no traspasen aquéllos sus derechos de propietarios, tienen derecho á recobrar del deudor la cosa que le fué entregada, con preferencia á todo otro acreedor

Se exceptúa de esta regla el depósito de cosas fungibles, respecto del cual tienen preferencia:

1.° Los créditos hipotecarios.

2.° Los gastos de funeral.

3.° Los refaccionarios y las dotes, cuando se trate de bienes muebles.

4.° Los comprendidos en el número 1.° del art. 2118, en el caso del art. 2119.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 9.ª, tít. III, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

No puede declararse á un acreedor la cualidad de serlo de dominio, miéntras no estén determinados los bienes que en tal concepto puedan corresponderle de los de la masa general (Sent. 1.° Octubre 1872).

COMENTARIO

Los acreedores de dominio tienen derecho preferente á cualquier otro acreedor para cobrarlo, segun dispone la ley, no por razon de antigüedad, que en el caso presente deja de ser ésta aplicable, sinó porque la naturaleza de tales créditos, y este nombre puede dárseles, lo exige y lo hace necesario conforme á los principios de justicia. El que entrega una cosa en depósito ó comodato, sigue siendo propietario de ella, conserva todos sus derechos de dominio en la misma y no puede ésta entrar á formar parte de la masa general de bienes del deudor concursado, porque ademas de no pertenecerle, se atentaría contra el derecho de propiedad de aquellos.

Esta regla tiene aplicacion á todos aquellos casos en el acreedor no traspasa por el contrato ni por la entrega el dominio de su cosa, y no cabe, por tanto, hacerla extensiva al depósito de cosas fungibles, que es, como dicen los autores, un depósito irregular, en que el depositario adquiere el señorío de las cosas depositadas, debiendo restituír, no las mismas, sinó otras de la misma especie y calidad. (Véase lo que decimos en el art. 1706.)

Artículo 2217.—Cuando una cosa fuere dada en prenda á dos personas, se observará lo dispuesto en el art. 1794.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XIII, Partida 5.ª

Artículo 2218.—Los acreedores hipotecarios con título inscrito son preferidos á los acreedores singularmente privilegiados.

Para determinar el efecto de un título respecto á terceros, así como la preferencia entre dos ó más inscripciones hipotecarias, se observará lo prescrito en los artículos 1906 y 1907.

ORÍGENES

Artículos 24, 25 y 26 ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Mayo 1874.

La sentencia que entre dos inscripciones hechas en el Registro de la propiedad da más valor á la que es más antigua, no infringe los artículos 23, 34 y 35 de la ley Hipotecaria, sinó que, por el contrario, se ajusta á sus preceptos (Sent. 12 Mayo 1871).

El art. 24 de la ley Hipotecaria, en que se declara que los títulos inscritos surtirán sus efectos áun contra los acreedores singularmente privilegiados, se refiere á los contratos ó actos posteriores á la misma, quedando los anteriores sujetos á la legislacion que regía cuando tuvieron lugar (Sent. 21 Abril 1874).

Los créditos garantidos con hipoteca especial son en todo caso preferidos á los que carecen de esta cualidad (Sent. 1.° Febrero 1876).

Artículo 2219.—Entiéndese por créditos singularmente privilegiados:

1.° Los gastos de funeral en proporcion á la fortuna y circunstancias del finado.

2.° Los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad y formacion de inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaría ó abintestato.

ORÍGENES

Art. 592, ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 2220.—Entiéndese por créditos privilegiados:

1.° Los que provienen de trabajo personal y alimentos (*a*).

2.° Los comprendidos en el número 1.° del art. 2118 en el caso del art. 2119 (*b*).

3.° El depósito de cosas fungibles (*c*).

4.° Los comprendidos en los números 2.° y siguiente del art. 2118 en el caso del art. 2119 (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 30, tít. XIII, Partida 5.ª
Art. 592, Ley de Enjuiciamiento civil.
(*b*) Artículos 354 y 355 Ley Hipotecaria.
(*c*) Ley 9.ª, tít. III, Partida 5.ª
(*d*) Artículos citados de la ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

Segun las leyes 25 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª, el Estado tiene hipoteca legal privilegiada en los bienes de sus deudores para la cobranza de sus créditos, sin que se haya hecho innovacion alguna en la legislacion mercantil acerca de estos derechos (Sent. 6 Noviembre 1867).

El acreedor refaccionario tiene preferente derecho para ser reintegrado del importe de las obras ejecutadas (Sent. 27 Junio 1874).

Al concederse por el art. 592 de la ley de Enjuiciamiento civil en el concurso de acreedores el primer grado de prelacion á los que lo son por trabajo personal, se equiparan á éstos únicamente los acreedores por alimentos; y de este modo se da una especie de medida, y se fija la base justificante para determinar la clase de trabajos personales á cuyos créditos puede ser aplicable tal preferencia (Sent. 5 Marzo 1874).

Esa base ó regla no es otra que la comun de los productos de tales trabajos, segun que no superen á las necesidades ordinarias de la vida ó lo que constituiría en absoluto una pension alimenticia, y no, por el contrario, la única y exclusiva de que provengan de trabajo personal, sin que se deba tener en cuenta su clase ni sus utilidades, bastando solamente que hubiere mediado la persona en el trabajo de que proceda el crédito, lo cual nunca deja de suceder hasta en las profesiones más lucrativas (Sentencia id. id. id.).

No puede estimarse como alimenticio el trabajo personal del procurador, de los juzgados y Tribunales ni sus productos arancelarios, y ménos los adelantos de fondos que haga por sus poderdantes, ya se aprecie el carácter público de su oficio ó profesion, que requiere edad, cierta pericia jurídica y arraigo ó fianza, y que no es tan absolutamente personal que no admita brazos auxiliares en sus trabajos, ya se atienda á los productos ordinarios de un bien reputado desempeño, regulados en arancel, tomando en cuenta todas aquellas circunstancias (Sentencia id. id. id.).

Las leyes 23 y 33, tít. XIII de la Partida 5.ª se refieren al privilegio de los bienes dotales, y no pueden tener aplicacion á los parafernales ó extradotales heredados constante matrimonio (Sent. 3 Junio 1873).

Para que un crédito que se supone refaccionario goce de preferencia sobre otro escriturario, es preciso demostrar que la cantidad prestada se empleó en la existencia y conservacion de la cosa refaccionada; y no habiéndolo justificado el demandante, segun apreciacion de la Sala sentenciadora, contra la cual no se cita ley ni doctrina que se suponga quebrantada, al desestimar la tercería de mejor derecho, no se infringen las leyes 26, 28 y 29 del tít. XIII, Partida 5.ª, sobre los créditos de aquella clase (Sentencias 5 Julio 1875 y 18 Noviembre 1876).

Limitada una demanda á pedir, sin dirigirse contra el concursado, ni mencionarle siquiera como obligado, que se mandara el inmediato pago por los bienes y fondos del concurso del importe total de las refacciones de un ingenio, que habia suplido el demandante despues de cedido por el concursado á sus acreedores, y despues tambien de declarado el concurso, de haberse embargado dicho ingenio y de ser entregado al depositario-administrador judicialmente nombrado, al absolver al concursado de dicha demanda la sentencia no resuelve lo que fué objeto de la demanda, ni se contrae tampoco á los términos en que se presentó la reclamacion y cuestion del pleito, y de consiguiente infringe la ley 28, tít. XIII, Partida 5.ª (Sent. 4 Junio 1877).

Las leyes 26, 28 y 29, tít. XIII, Partida 5.ª expresan y fijan los créditos refaccionarios, estableciendo ademas en su favor el derecho de hipoteca tácita y el de prelacion sobre la finca refaccionada (Sent. 11 Octubre 1877).

Si el crédito reclamado por el recurrente en su demanda de tercería no es de los determinados expresamente en alguna de las tres leyes citadas, como así tambien se dice por el deman-

dante, al declararse por la sentencia que el referido crédito no es refaccionario, no infringe dichas leyes ni la doctrina legal que de ellas se deriva, conforme, como no puede ménos, con su texto y precepto, ni tampoco la 7.ª, tít. XX, lib. VII, Nov. Rec., que dispone se paguen, con preferencia á todo acreedor que al fisco, los créditos que á su favor tengan los pósitos por granos dados á los labradores para sembrar; y la 15, tít. XXXI, lib. XI de dicho cuerpo legal, que manda no se haga ejecucion en las bestias de labor, aperos de labranza, sembrados y barbechos de los labradores, sinó cuando los créditos procedan de lo que se les hubiere prestado para el cultivo (Sent. id. id. id.).

La ley Hipotecaria declaró subsistentes, con arreglo á la legislacion precedente, miéntras duren las obligaciones que garanticen las hipotecas generales anteriores á aquella que dicha legislacion establecía, entre otras, la de las mujeres casadas sobre los bienes de su marido: quedando vigente el derecho antiguo, conforme al que la mujer casada tiene el privilegio de ser preferida para el pago de su dote, legítimamente constituída y entregada, lo mismo que sus hijos y descendientes legítimos, á todo otro acreedor de su marido que no tenga hipoteca expresa anterior; y por tanto, la Sala sentenciadora, al declarar la preferencia á favor de la dote, no infringe la ley 33, tít. XIII, Partida 5.ª, ni pudo infringir tampoco los artículos 23, 24, 158 y 159 y doctrina que nace del preámbulo de la ley Hipotecaria, que no son aplicables al caso (Sent. 13 Marzo 1877).

COMENTARIO

Si los acreedores hipotecarios son preferidos segun el artículo anterior á los singularmente privilegiados por la legislacion comun, conviene saber cuáles son éstos. Entre ellos deben distinguirse dos clases: unos cuyo privilegio es de mayor preferencia, por lo cual se les da el nombre de *singularmente privilegiados*, y otros que por no gozar del mismo derecho se les denomina meramente *privilegiados*.

Respecto á los del primer grupo, la ley 30, tít. XIII, Partida 5.ª, habia dicho *que si algund ome despendiesse marauedis en soterramiento de algund muerto, maguer este tal debdo fuesse postrimero, ante deue ser pagado, que otro debdo que ouiesse fecho el muerto en su vida*; con lo cual estableció una preferencia que luégo la ley de Enjuiciamiento civil confirmó y aclaró disponiendo que si se tratare de un abintestato ó testamentaría concursada, se colocarán en primer lugar y tendrán derecho preferente á cualquier otro los acreedores por los gastos del funeral, proporcionado á la fortuna y circunstancias del finado, y los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad y formacion de inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaría ó abintestato.

Entre los acreedores del segundo grupo, ó sean los meramente privilegiados, distínguense tres clases, sobre las cuales conviene fijar nuestra atencion.

Forman la primera, segun dispone la ley de Enjuiciamiento civil, los acreedores por trabajo personal y alimentos, entre los que, segun La Serna y Montalban, «sin duda se comprenden los gastos hechos en la última enfermedad para las medicinas, como constantemente se ha entendido;» doctrina que sin ser legal no carece de fundamento.

La segunda clase la componen los que ántes de 1.° de Enero de 1863 tenían créditos garantidos con alguna de las hipotecas generales que establecía la legislacion anterior. El art. 355 de la ley Hipotecaria, al disponer que «las hipotecas expresadas en el artículo precedente, y que existieren á la publicacion de esta ley, subsistirán con arreglo á la legislacion anterior al 1.° de Enero de 1863, miéntras duren las obligaciones que garanticen, á ménos que por la voluntad de ambas partes, ó la del obligado, se sustituyan con hipotecas especiales, ó dejen de tener efecto en cuanto á tercero, en virtud de providencia dictada en juicio de deliberacion, establecido por los artículos 365 y siguientes,» comprendió en esta clase á los acreedores ántes indicados, cuyos derechos estaban y están hoy garantidos por varias leyes de nuestro derecho antiguo.

El tercer lugar entre los privilegiados corresponde al depósito de cosas fungibles, que no puede considerarse como acreedor de dominio y que tiene preferencia á los comprendidos en el núm. 4.°, segun resulta de lo que se dejó consignado en el art. 2216.

Artículo 2221.—Los créditos que consten por escritura son preferentes á los que consten en documento privado. Entre éstos, los que se hallen extendidos en papel sellado

son preferentes á los que consten en papel comun sin sello.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Se infringe la ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Novísima Recopilacion, en la cual se previene que los contratos consignados en escrituras públicas tengan preferencia á los escritos en papel sellado, papel-comun ó meramente personales, cuando se da preferencia sobre un contrato, que consta de escritura pública y solemne, y con la circunstancia de ser de fecha anterior al que no consta de ninguna clase de documento, sinó de la confesion hecha por las partes en un acto de conciliacion, supuesto que de otra suerte las precauciones consignadas en la ley recopilada con el laudable propósito de evitar los fraudes que se ocasionarían antedatando ó postdatando fechas, se harían fácilmente ilusorias por la mala fe de las partes (Sent. 21 Noviembre 1872).

Entre dos créditos refaccionarios, igualmente preferentes, produce prioridad y mejor derecho la fecha más antigua, y tambien hallarse consignado uno en escritura pública y el otro en documento privado (Sent. 24 Enero 1873).

La sentencia que niega tal mayor derecho infringe la ley 31, tít. XIII, Partida 5.ª (Sentencia id. id. id.).

La sentencia que declara que dicho crédito es preferente á un escriturario, que al interponerse la tercería se hallaba en posesion de percibir ya el descuento para el pago, infringe las leyes 31, tít. XIII, Partida 5.ª, y la 5.ª, título XXIV, lib. X de la Novísima Recopilacion, que sin distincion de fechas del otorgamiento, declaran preferentes los créditos que se fundan en escritura pública á los que proceden de simples pagarés (Sent. 17 Febrero 1876).

La sentencia que no desconoce que los créditos consignados en documentos públicos son preferidos para su pago á los que constan en documentos privados, no contraría la ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 16 Junio 1875).

Artículo 2222.—De las deudas personales, ó sean todas las contraídas sin que de ellas respondan los bienes del deudor, deberá ser pagada preferentemente la del que primero la hubiere demandado y obtenido sentencia á su favor. Si fueren varios los demandantes y los que en un mismo tiempo obtuvieren sentencia favorable, y los bienes no fueren bastantes para pagar á todos, se repartirán entre ellos proporcionalmente, despues de pagar íntegras las deudas que por su naturaleza sean preferentes.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XIV, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Entre dos ó más acreedores personales debe ser pagado primeramente el que hubiere demandado en juicio y á favor de quien se hubiere dado sentencia, aunque su crédito sea el postrimero, segun disposicion de la ley 11, tít. XVI, Partida 3.ª La sentencia que no lo hace así infringe la citada ley (Sents. 11 Noviembre 1870 y 5 Febrero 1878).

La ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov. Rec., que determina la prelacion de los contratos y obligaciones privadas que se escribieren en papel sellado, sobre los créditos personales y quirografarios extendidos en papel comun, y que manda graduar aquéllos despues de las escrituras públicas, dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelacion, no es derogatoria de la citada ley 11, tít. XIV, Partida 5.ª, ántes bien mantiene su fuerza y vigor por la cláusula con que aquella termina, ordenando que no sea visto dar á las dichas cédulas y escritos privados más fuerza, fe ni autoridad de la que por derecho deben tener y tienen (Sent. 5 Febrero 1878).

COMENTARIO

La disposicion de esta ley parece hallarse contradicha por la ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov. Rec.; pero el Tribunal Supremo ha declarado que por ésta no ha perdido aquella su fuerza y vigor.

CAPITULO II

DE LA CLASIFICACION DE LOS CRÉDITOS

Artículo 2223.—En consecuencia de lo dispuesto en el capítulo anterior, el órden de prelacion que debe guardarse entre los acreedores de un mismo deudor cuando se trate de los bienes inmuebles de éste, es el siguiente:

1.° El asegurador por el importe de los dos últimos años del seguro ó de los dos dividendos últimos, si fuere seguro mutuo y el Estado por el año último de la contribucion del inmueble (*a*).

2.° Los acreedores de dominio (*b*).

3.° Los acreedores hipotecarios, guardando entre sí el órden de preferencia que marcan los artículos 1906 y 1907 (*c*).

4.° Los acreedores enumerados en el artículo 2219 (*d*).

5.° Los acreedores enumerados en los número 1.° y 3.° del art. 2220 (*d*).

6.° Los que lo sean por escritura pública (*e*).

7.° Los que lo sean por documento privado extendido en papel del sello correspondiente (*f*).

8.° Los que lo sean por documento escrito en papel sin sello (*g*).

Cuando se trate de créditos comprendidos en los números 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.° de este artículo, la antigüedad del crédito dará preferencia entre los acreedores de una misma clase, salvo lo dispuesto en el artículo 2222 (*h*).

Los que estuvieren disfrutando alguna hipoteca de las comprendidas en el art. 2118, constituída ántes de 1.° de Enero de 1863, tendrán el derecho que les confiere el artículo 2119 (*i*).

ORÍGENES

(*a*) Artículos 218, 219 y 220, ley Hipotecaria.
(*b*) Ley 12, tít. XIV, Partida 5.ª
(*c*) Artículos 24, 25 y 26, ley Hipotecaria.
(*d*) Véanse las citas de los arts. 2218 y 2219.
(*e*) Ley 31, tít. XIII, Partida 5.ª, núm. 4, art. 592, ley de Enjuiciamiento civil.
(*f*) Ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov. Rec.
(*g*) Ley 5.ª, tít. XXIV, lib. X, Nov Rec.
(*h*) Ley 27, tít. XII, Partida 5.ª
Véanse las citas del art. 2221.
(*i*) Artículos 354 y 355, ley Hipotecaria.

Artículo 2224.—El órden de prelacion que debe guardarse entre los acreedores de un mismo deudor cuando se trate de los bienes muebles de éste es el siguiente:

1.° Los acreedores de dominio (*a*).

2.° Los enumerados en el art. 2218 (*b*).

3.° Los que provienen de trabajo personal y alimentos (*c*).

4.° Los siguientes (que por la legislacion anterior tenían hipoteca legal privilegiada):

A La mujer por su dote. Concurriendo dos dotes, es preferente la más antigua, á no ser que existieren bienes de la segunda (*d*).

B El fisco por lo que se le deba. En concurrencia este crédito con una dote, la antigüedad resuelve la preferencia (*e*).

C El acreedor refaccionario, y concurriendo varios, el más moderno (*f*).

D El huérfano respecto de la cosa comprada con su dinero (*g*).

E El que haya dado dinero prestado para hacer una compra, estipulando que lo comprado responda especialmente de la deuda (*h*)

F El dueño de las tierras respecto de los

frutos de las mismas para cobrar la renta (*i*).

5.° Los siguientes (que por la legislacion anterior tenían hipoteca legal no privilegiada):

A Los que están bajo la tutela ó curaduría del deudor, cuando la deuda proviene de las cuentas y alcances de aquellos cargos (*j*)

B El legatario en los bienes del testador (*l*)

C El marido por la dote que el deudor prometió á su mujer (*m*).

D El hijo del deudor por los bienes que éste debió reservar con arreglo á las leyes (*n*).

E El hijo del deudor por los bienes que éste, en concepto de usufructuario, hubiere recibido de la madre y enajenado despues (*o*)

6.° Los acreedores comprendidos en los números 6.° 7.° y 8.° del artículo anterior por el mismo órden en que están allí enumerados (*p*).

En cuanto á los acreedores por razon del depósito de cosas fungibles, tendrán el derecho que se les confiere en el art. 2216 (*q*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 12, tít. XIV, Partida 5.ª
(*b*) Véanse las citas del art. 2218.
(*c*) Ley 30, tít. XIII, Partida 5.ª
Art. 592, ley de Enjuiciamiento civil.
(*d*) Leyes 23 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª
(*e*) Leyes 23 y 33, tít. XIII, Partida 5.ª
(*f*) Ley 28, tít. XIII, Partida 5.ª
(*g*) Ley 30, tít. XIII, Partida 5.ª
(*h*) Ley 30, id., id., id.
(*i*) Ley 6.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.
Ley 15, tít. XXXI, lib. X, Nov. Rec.
(*j*) Ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª
(*l*) Ley 25, tít. XIII, Partida 5.ª
(*m*) Ley 23, tít. XIII, Partida 5.ª
(*n*) Ley 25, tít. XIII, Partida 5.ª
(*o*) Ley 21, tít. XIII, Partida 5.ª
(*p*) Véanse las citas *e*, *f* y *g* del artículo anterior.
(*q*) Ley 9.ª, tít. III, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley Hipotecaria introdujo una alteracion importantísima en el órden de prelacion de créditos cuando éstos habían de cobrarse en los bienes inmuebles del deudor. Respetó, sin embargo, el órden establecido para los casos en que el deudor no tuviese sinó bienes muebles, siendo ésta la causa de que haya en la actualidad dos órdenes diferentes para regular la preferencia entre créditos de índole diversa. Esto no obstante, aunque nuestras leyes llaman hipoteca legal privilegiada y no privilegiada al derecho conferido á los acreedores enumerados en los párrafos 4.° y 5.° del artículo precedente, esta denominacion ha llegado á ser insostenible, por más que en cuanto se refiere á los bienes muebles el derecho y la preferencia subsisten, en opinion de ilustres jurisconsultos.

TÍTULO XXVII

DE LA PRESCRIPCION

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2225.—Mediante la prescripcion puede ganarse ó perderse el dominio sobre las cosas por el trascurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas en los siguientes artículos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 2219, Cód. Francia.—505 Portugal.—2105 Italia.—1451 y 1452 Austria.—51, tít. IX, parte primera, y 502 y 503, Prusia.—1983 Holanda.—1.°, ley 1.ª, tít. III, libro XLI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Trascurrido el tiempo de la prescripcion, el prescribente adquiere el dominio de la cosa prescrita (Sent. 6 Octubre 1862).

No se infringe la ley 1.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª, al desestimar la prescripcion inmemorial que una de las partes invoca, cuando falta el requisito esencial á esta clase de prescripciones, de una larguísima y pacífica posesion de orígen remoto á que no alcance la memoria de los hombres, y sin noticia de hecho alguno contrario á ella (Sent. 21 Junio 1864).

Si no se opone á la demanda la excepcion de prescripcion, la Sala no puede estimar tal excepcion, ni pueden reputarse infringidas por la sentencia las leyes relativas á la misma (Sentencias 26 Setiembre 1864, 20 Febrero y 31 Marzo 1877).

Se adquiere el dominio por la prescripcion cuando ésta se verifica por el tiempo y con las circunstancias prescritas por las leyes (Sents. 28 Setiembre 1864, 11 Febrero 1871, 4 Marzo 1874).

El pacto de renuncia del derecho de prescripcion, al celebrarse un contrato, contraría los principios fundamentales de las leyes que la ordenaron, y por lo tanto no es obligatorio (Sentencias 17 Noviembre y 12 Diciembre 1865 y 30 Diciembre 1867).

Las leyes sobre prescripcion son de derecho público, como dictadas en interes general y social y para asegurar el dominio y la propiedad, que siempre se hallarían en incierto no poniéndose término á las reclamaciones (Sentencia 14 Enero 1868).

La cualidad más indispensable para la prescripcion es que el que la invoca posea la cosa (Sent. 8 Octubre 1864).

La excepcion de prescripcion, cuando no se alega en tiempo oportuno, no puede despues utilizarse para fundar un recurso de casacion (Sents. 7 Marzo 1866 y 26 Mayo 1875).

No puede invocarse la prescripcion cuando no ha trascurrido todo el tiempo que la ley exige para que tenga efecto (Sent. 19 Octubre 1868).

El dueño ó señor que mencionan las leyes relativas á la prescripcion, no es ni puede ser el dueño absoluto de hecho y de derecho definido en la ley 1.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª, sinó que es necesariamente, y por la suposicion misma de aquellas leyes, el dueño meramente de derecho, segun en las mismas se expresa, pri-

vado de la disposicion de la cosa, como que se halla privado de su posesion, que está en el prescribente; ó en otros términos, es la persona que teniendo derecho á la posesion de una cosa, consiente que otro la posea (Sent. 8 Noviembre 1870).

El Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que no pueden invocarse como motivos de casacion puntos que no hayan sido alegados ni discutidos concretamente en el pleito (Sent. 20 Junio 1873).

El que teniendo personalidad para reclamar unos bienes y oponerse á la posesion que de ellos tiene otro, no lo hace, dejando correr válida y eficazmente á favor de éste el tiempo de la prescripcion, no puede despues alegar derecho contra ésta, si el poseedor ha reunido las condiciones exigidas por la ley de justo título y buena fe (Sent. 8 Noviembre 1870).

La prescripcion crea á favor del prescribente un derecho incuestionable (Sent. 10 Julio 1875).

Las doctrinas referentes á la prescripcion no tienen aplicacion al pleito en que se ejercita la accion de dominio por el declarado en la sentencia dueño de la cosa, sin que el demandado haya alegado entre las excepciones la de prescripcion (Sent. 18 Junio 1877).

COMENTARIO

¿Cuál es el fundamento de la prescripcion?

Difieren los autores y las escuelas en este punto esencialísimo; así, en tanto que unos la hacen estribar en la presuncion de abandono que de sus derechos hace el que deja prescribir sus cosas, otros entienden que es un castigo á la incuria del dueño y un premio á la actividad y trabajo del prescribente. Mas dejando aparte el estudio de estas diferentes doctrinas, lo cual no tiene más que una utilidad teórica, diremos que, en nuestro sentir, la prescripcion es ni más ni ménos que una necesidad de órden público; así es que Goyena dice: «Quitad la prescripcion, y la sociedad no será más que un caos.»

La prescripcion es un modo de adquirir la propiedad y á la vez un modo de perderla: por la prescripcion puede adquirirse una carga ú obligacion, ó libertarse de ella.

Nótese que, segun ha declarado el Tribunal Supremo, la prescripcion, como establecida en beneficio público, no puede renunciarse.

Artículo 2226.—Pueden ganar las cosas por prescripcion todos los que no estén incapacitados.

No pueden ganar ni perder cosa alguna por dicho medio los faltos de razon, á no ser que hubieran comenzado á prescribir los antecesores á quienes heredasen, ó ellos mismos ántes de perder la razon, en cuyos casos continúa la prescripcion.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 4.ª, tít. III, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

La ley de Partida, en este caso como en todos los que trata de fijar la capacidad de las personas, establece la excepcion al lado de la regla general.

Segun ésta, puede prescribir toda persona de sano entendimiento, aunque sea huérfano, hallándose, por tanto, impedidos para hacerlo el loco y desmemoriado, *porque non han corazon, nin entendimiento para ganar, nin para perderla, maguer tuviesen las cosas en su poder.* Esto, sin embargo, no rige cuando el incapacitado comenzó á prescribir ántes de serlo, ó el antecesor á quien heredó hubiere empezado á prescribir, porque en uno y otro caso se dió á conocer la intencion del poseedor, el cual se supone ha continuado prescribiendo.

Artículo 2227.—Pueden prescribirse todas las cosas muebles é inmuebles, á excepcion de las comprendidas en el artículo siguiente.

ORÍGENES

Leyes 4.ª y 18, tít. XXIX, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Los bienes que no han sido vinculados están sujetos á los principios generales sobre prescripcion (Sent. 22 Noviembre 1860).

Realizándose las condiciones exigidas por la

ley para ejercitar la prescripcion, se adquiere el dominio de la cosa prescrita, aunque ésta hubiese sido vinculada, pues que desde el año 1836 en que los bienes de esta clase entraron en las condiciones de absolutamente libres, quedaron sujetos á las prescripciones del derecho comun (Sent. 28 Noviembre 1870).

Artículo 2228.—Se reputan imprescriptibles:

1.° Las cosas pertenecientes á los menores de veinticinco años y á los hijos de familia miéntras están bajo la patria potestad (a).

2.° Las dotales miéntras el matrimonio no se disuelva; mas si el marido dilapida sus bienes y la mujer, sabiéndolo, no reclama su dote, podrán aquéllas ser prescritas (b).

3.° La jurisdiccion, los tributos, impuestos y contribuciones (c).

4.° Las plazas, calles, caminos, dehesas y demas cosas públicas de uso comun: mas pueden prescribirse por tiempo de cuarenta años, siempre que no se reclamen en los cuatro siguientes, las que siendo de comunidad no se posean en comun (d).

5.° Las cosas que se tienen en depósito, prenda, comodato ó arrendamiento (e).

6.° Los bienes que se posean en comun ó *pro-indiviso* (f).

7.° Las cosas obtenidas por la fuerza ó el robo, y sus frutos y rentas (g).

ORÍGENES

(a) Ley 8.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 3.ª, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
(b) La misma ley de Partida.
(c) Ley 6.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 6.ª, tít. XIII, lib. III, Ordenanzas Reales.
Ley 12, tít. IV, lib. VI, id. id.
Ley 4.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.
(d) Ley 7.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 22, tít. XXIX, Partida 3.ª
(e) Ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.
(f) Ley 2.ª, tít. VIII, lib. XI, id., id.
(g) Ley 4.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
La misma ley de la Novísima últimamente citada.

JURISPRUDENCIA

Las cosas pertenecientes al comun de vecinos no son por su naturaleza capaces de prescripcion, segun la ley 7.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª (Sent. 17 Diciembre 1864).

La ley 2.ª, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion, que declara no puede prescribirse la cosa poseída en comun, no tiene aplicacion cuando los bienes se han poseído sin mancomunidad alguna (Sents. 13 Diciembre 1875 y 20 Enero 1877).

Segun las leyes 22, tít. XXIX, 5.ª, tít. XXX, Partida 3.ª, y 1.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., no puede adquirirse una cosa por prescripcion, cuando se tiene en encomienda, arrendamiento ó por fuerza (Sents. 23 Febrero 1859, 18 Marzo 1874).

No existe prescripcion entre los condueños respecto de las cosas poseídas en comun (Sentencias 28 Diciembre 1860, 13 Diciembre 1872 18 Diciembre 1874).

El objeto de la ley 8.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª, es el de amparar á los menores contra la negligencia, impericia ó mala fe de sus guardadores, sin que pueda sobreponerse á su expresa disposicion el principio general de que el privilegiado no goza de privilegio respecto al igualmente privilegiado, cuyo principio requiere analogía de casos y concurrencia de acciones (Sent. 9 Mayo 1867).

Contra los constituidos en la menor edad no corre el tiempo de la prescripcion ordinaria (Sent. id. id. id.).

Segun la ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Recopilacion, el que posee en nombre de otro no prescribe la cosa, cualquiera que sea el tiempo por que la posea; y como consecuencia necesaria de este principio, la accion que corresponde al dueño para reclamar la cosa, puede ejercitarse con éxito en cualquier tiempo (Sent. 29 Setiembre 1877).

La ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., es inaplicable al pleito y no ha podido ser infringida por la sentencia que estima la excepcion de prescripcion por el trascurso de más de cincuenta años, si resulta probado que el demandado no poseyó durante ellos en los conceptos que la referida ley expresa sino como dueño, mucho más si no es la estimada la prescripcion de dominio, sinó la accion para pedir (Sent. 15 Febrero 1878).

Por la misma razon de haberse estimado la prescripcion de accion, y no la de dominio, es

igualmente inaplicable el principio de derecho de que *lo que es nulo por la ley, no puede hacerlo válido el trascurso del tiempo* (Sentencia id. id. id.).

Artículo 2229.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior respecto á los menores de veinticinco años, correrá en sus cosas la prescripcion de veinte ó ménos años, cuando ésta hubiera empezado á ejercitarse ántes de haber ellos nacido ó de haber sido instituídos como herederos, si bien tienen á su favor el beneficio de la restitucion por el tiempo que contra ellos se estuvo prescribiendo.

La prescripcion extraordinaria de treinta ó más años corre en todo caso contra el mayor de catorce años y menor de veinticinco; pero puede ejercitar el beneficio de restitucion durante la menor edad, y cuatro años despues, para reclamar contra la prescripcion miéntras duró aquélla.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con la ley última, título XLI, lib. II, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 11 Marzo 1864.
Sent. 25 Noviembre 1864.

La prescripcion corre contra los menores cuando no han pedido restitucion del tiempo correspondiente á su menor edad (Sents. 1.° Mayo 1861 y 9 Mayo 1867).

COMENTARIO

Hemos visto en el artículo anterior que las cosas de menores son imprescriptibles; pero el legislador, atendiendo á la equidad, no quiso declarar nula una prescripcion que por haberla empezado quien tenía para ello capacidad legal suficiente, era válida y sostenible en su orígen. No desampara tampoco al menor, pues le reconoce el beneficio de restitucion por el tiempo que otro estuvo prescribiendo sus cosas durante su menor edad, segun se deja explicado en el art. 1318.

Artículo 2230.—Hurtado un animal y vendido luégo á otra persona, hace ésta suya por prescripcion la cria de él, si creyó de buena fe que pertenecía al enajenante; mas si despues de comprarlo y ántes de obtener frutos de él conociere el comprador su mala procedencia, no puede adquirir por prescripcion sus frutos.

Si despues de nacida la cría supiere el comprador que el animal no era de quien se lo vendió, ganará, sin embargo, la cría, si ignora el orígen vicioso de lo que le fué vendido, no si sabe que procede de hurto ó robo.

Cuando despues de obtenida la cría, y no ántes, conociere el comprador este vicio de la cosa, sólo podrá prescribir aquélla en el caso de que dé noticia de él al dueño verdadero, y éste no reclame, ó en el de que, tratando de darle aviso, no le halle por estar ausente.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 11, tít. II, lib. VI, 48, tít. II, lib. XLVII, y 10, tít. III, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

Se comprende perfectamente que los frutos sigan la misma condicion que la cosa de que procedan; de manera que si ésta fué robada, tengan aquéllos el mismo inconveniente para ser prescritos; mas puede haber circunstancias en que la equidad y áun la justicia dicten lo contrario, por lo cual la ley, combinando la buena ó mala fe del adquirente con la época en que dichos frutos fueron producidos, introduce algunas excepciones á aquel principio, que constituyen nuestro artículo.

La ley resuelve los siguientes casos:

1.° Que el adquirente creyese de buena fe al hacer la adquisicion, y despues que la cosa pertenecía al enajenante.

2.° Que creyendo que pertenecía al enajenante en el momento de la adquisicion, tenga noticia de su mala procedencia ántes de que produzca frutos.

3.° Que teniendo igual buena fe al hacer la adquisicion, tenga noticia de que la cosa no

pertenecía al enajenante, despues de haber producido frutos, pero ignorando que fué hurtada.

4.° Que en este mismo caso llegue á saber que fué hurtada.

Artículo 2231.—Los que están ausentes por servicio militar ó del Estado, por razon de estudios, cautividad, romería ú otras causas semejantes, pueden pedir restitucion contra la prescripcion comenzada en su ausencia, y les será otorgada siempre que ellos la reclamen en los cuatro años siguientes á su regreso, ó sus herederos en los cuatro siguientes á la muerte del que se ausentó, ocurrida en la ausencia.

Pasado el plazo sin reclamar, no puede hacerse uso de este derecho, y corre la prescripcion.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 10, tít. XI, lib. II, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con las leyes 7.ª, tít. XXXV, libro IV, y 4.ª, tít. I, lib. VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 19 Abril 1869.

Para que un militar pueda alegar contra la prescripcion su ausencia por motivos del servicio, es necesario que justifique que dicha ausencia fué por causa pública, ó en hueste, como dice la ley de Partida (Sent. 8 Abril 1865).

Se interrumpe el tiempo de la prescripcion de treinta años establecida en las leyes de Partida y Fueros y Observancias de Aragon, por el tiempo en que aquel contra quien se intenta se halla ausente en hueste sirviendo al Estado como militar (Sent. 12 Diciembre 1865).

Artículo 2232.—La prescripcion con arreglo á las leyes comunes, excluye las acciones del Estado y cierra la puerta á sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en la ley de 16 de Mayo de 1835.

La prescripcion en igual forma legitima irrevocablemente las adquisiciones hechas á nombre del Estado.

ORÍGENES

Artículos 11 y 12, ley de 16 de Mayo de 1835.

CAPÍTULO II

REQUISITOS DE LA PRESCRIPCION DE BIENES MUEBLES

Artículo 2233.—Para ganar por prescripcion las cosas muebles, se requiere buena fe, justo título y posesion continuada durante tres años, ya por sí, ya por medio de procurador. Existiendo estos requisitos, pierde el dueño su propiedad, sin que deba ser oído aunque la demande, á no ser que ofrezca probar que le fué robada.

Se entiende que hay buena fe cuando el poseedor cree que aquel de quien recibió la cosa era su dueño, y podía, por tanto, trasferirla.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Artículos 3472, Cód. Luisiana.—532, al principio, Portugal.—Tít. VI, libro II, Instituciones.

Señalan tambien el mismo tiempo de tres años para prescribir las cosas muebles, aunque con modificaciones, los artículos 2279, Código Francia.—2014 Holanda.—1446 Austria.—8, cap. IV, lib. II, Baviera.

Concuerda en su segunda parte con: Artículos 550, Cód. Francia.—350 Vaud.—495 Luisiana.—476 Portugal.—Ley 109, tít. XVI, libro L, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La posesion que las leyes reconocen como indispensable para prescribir, es la verdadera, y no la precaria (Sent. 17 Diciembre 1864).

Para la prescripcion de bienes basta que el título con que se posean sea justo, aunque no eficaz, por falta de alguna formalidad de derecho, siempre que concurran los demas requisitos marcados por la ley (Sent. 26 Abril 1853).

El que carece de justo título para prescribir, no puede invocar oportunamente las leyes especiales de la materia (Sents. 21 Diciembre 1861 y 15 Octubre 1866).

Uno de los requisitos indispensables para que pueda tener lugar la prescripcion, es que trascurra el tiempo mandado por la ley (Sents. 13 Junio 1864 y 14 Mayo 1867).

No habiendo existido buena fe, no puede tener lugar la prescripcion (Sents. 4 Diciembre 1861 y 25 Junio 1874).

COMENTARIO

Son requisitos indispensables para prescribir las cosas muebles, segun la ley de Partidas, la buena fe, el justo título y posesion de tres años.

La misma ley explica lo que por buena fe debe entenderse al exigir que el poseedor *crea que aquel de quien la ovo* (la cosa)... *que era suya, é que avia poder de la enajenar*. Es requisito que, como dice Vinio, pertenece á la justicia de la posesion; se faltaría, en efecto, á aquella si se adjudicase la propiedad de una cosa al que obrase de mala fe poseyéndola como suya.

De nada serviría este requisito si faltase el otro exigido por la ley, el justo título, porque mal puede existir la buena fe si el poseedor á quien se le exige no posee en virtud de título justificativo de su derecho, *assi como por compra, donadío, cambio ó otra razon semejante destas*. No queremos con esto suscitar la duda por algunos presentada, sobre si la buena fe y el justo título son requisitos distintos ó es necesario que intervenga éste para que exista aquélla, de manera que la prescripcion se sostenga en último resultado solamente por aquél; la ley habla de ambos como independientes, y si bien es verdad que para la buena fe se necesita que el poseedor tenga un título en que apoyar su derecho, no quiere esto decir que baste la existencia de él para prescribir.

Por último, la ley exige tambien como requisito indispensable la posesion durante tres años, tiempo suficiente á su juicio para que el dueño de los muebles que se están por otro prescribiendo, reclame contra él, haciendo valer su derecho; de manera que despues de ese tiempo y habiendo mediado en el poseedor la buena fe y el justo título, pierde el dueño por su abandono la propiedad en la cosa prescrita, y no puede demandarlo, á no ser que ofrezca probar que le fué robada, en cuyo caso no seria justo expropiarle de ella.

Artículo 2234.—No tiene buena fe el que compra ó adquiere una cosa siendo advertido por su verdadero dueño de que no pertenece al enajenante, y no adquiere, por tanto, derecho á ella aunque la tenga en su poder durante tres años.

La buena fe se presume miéntras no se pruebe lo contrario.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con los Códigos y leyes, en cuanto á la segunda parte, con: Arts. 2268, Cód. Francia.—478 Portugal.—2002 Holanda.—3447 Luisiana.—2290 Bolivia.—Leyes 48, 4 y 15, tít. III, lib. XLV; 51, tít. II, lib. XVII, Digesto.—Ley 30, tít. XLV, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

La buena fe se presume siempre en el que posee miéntras no se pruebe lo contrario (Sentencias 28 Junio 1860, 21 Abril 1865, 27 Marzo 1868, 15 Febrero y 8 Noviembre 1870).

Corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la buena ó mala fe del litigante para la imposicion de costas (Sents. 28 Junio 1860, 7 Abril y 28 Junio 1866).

La existencia ó falta de buena fe como condicion necesaria para la prescripcion, es una cuestion de mero hecho, que debe decidir la Sala sentenciadora, apreciando el valor de la prueba suministrada sobre ella, á cuya apreciacion hay que atenerse, interin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna

infraccion de ley ó doctrina legal (Sents. 3 Abril 1867, 18 Octubre 1867, 15 Marzo 1869, 28 Junio 1869, 19 Abril 1869, 8 Noviembre 1870 y 31 Mayo 1870).

La mala fe no se presume miéntras no se acredite (Sent. 20 Octubre 1870).

COMENTARIO

No ofrece dudas lo prescrito en este artículo. La ley 9.ª explicaba lo que debía entenderse por buena fe, y la 10 señala uno de los casos en que ésta no existe, á saber, cuando el *que quiere comprar ó aver* una cosa es advertido por el verdadero dueño de ella de que no pertenece al que se la enajena, y á pesar del aviso lleva á efecto la compra; en este caso, aunque el comprador la posea por tres años, no la prescribe, pues como dice la ley, *entiéndese que la avria maliciosamente, pues que assi fuese apercibido.*

De las primeras palabras subrayadas se infiere que el aviso del dueño debe tener lugar ántes de verificarse la venta, porque siendo posterior, no es responsable el adquirente de un acto llevado á cabo con buena fe.

La ley en su último párrafo dice que «quando él comprase la cosa, ó la oviese por alguna derecha razon, cuidase que era de aquel que la enajenaba, é non fuese apercibido que era de otro, estonce entenderse y a, que avria buena fe en tenerla, fasta que se aprobase lo contrario;» cuya doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia en repetidos fallos del Tribunal Supremo, declarando que la buena fe se presume siempre miéntras no se pruebe lo contrario, así como la mala fe no se presume miéntras no se acredite.

Artículo 2235.—Tampoco existe buena fe, y por consiguiente no prescriben las cosas áun poseyéndolas por tres años, cuando se compra ó se adquiere de otro modo cosas pertenecientes á menores ó incapacitados.

La misma regla es aplicable al caso en que se compre algo al procurador de otro, ganándole por medio de dádivas ó promesas para que lo dé por ménos precio de lo que vale, siempre que el dueño pruebe el hecho.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: leyes 12 y 24, tít. III, 2.ª, título IV, 7.ª, tít. IV, lib. XLI, Digesto.

Artículo 2236.—Para la prescripcion de cosas adquiridas por donacion ó permuta, basta con que la buena fe exista en el acto de la entrega; mas si aquellas fueron adquiridas por compra-venta, debe haber buena fe, tanto en el acto de la entrega como en el de perfeccionarse el contrato.

No gana por prescripcion ninguna cosa mueble el que la compra sabiendo que no es del enajenante, el cual despues de haberla adquirido por donacion, permuta ó compra, tuvo mala fe ántes de prescribirla.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: ley 2.ª, tít. IV, lib. XLI; 48, tít. III, lib. XLI, Digesto.—Ley 1.ª, *de usucap. transform.* Código Romano.

Artículo 2237.—La mala fe del procurador no perjudica al poderdante, á no ser que éste participe de ella.

La buena fe del procurador no favorece al poderdante que la tiene mala.

Cuando no se trate de un procurador, sinó de un mero encargado, la buena ó mala fe de éste afecta á aquel por cuyo mandato obra.

Si el hijo comprase algo con su peculio, creyendo de buena fe que el enajenante era dueño de lo vendido, sin serlo, el padre puede prescribirlo aunque lo sepa, á no ser que hallándose presente á la compra y pudiéndola impedir, no lo hiciese.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XXIX, Partida 3.ª

Artículo 2238.—El error en cuanto al título por hecho propio, impide la prescripcion; mas si el error procede de creerse uno dueño de una cosa por haber mandado al

procurador que la comprase, y éste, diciendo que así lo hizo, la adquirió de cualquier otro modo no derecho, no se opone á la prescripcion.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 6.º, tít. VI, lib. II, Instituciones.—Leyes 27 y 33, tít. III, y 11, tít. IV, lib. XLI, Digesto.

Artículo 2239.—El que por razon de manda ó deuda recibe de buena fe alguna cosa mueble y usa de ella por tiempo de tres años, la hace suya, áun cuando no tuviere realmente derecho á ella, ya por no ser valedera la manda, ó por estar hecha á favor de otro que tuviere el mismo nombre, ó por no existir la deuda.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 4.ª, tít. *pro legato*, y 48, tít. III, lib. XLI, Digesto.

Artículo 2240.—El derecho de prescripcion pasa tambien al que adquiera la cosa ya por título singular ó universal siempre que obre de buena fe, y para prescribirla se unirá el tiempo del poseedor anterior al del actual hasta completar el marcado por la ley al efecto.

Lo mismo se entiende aplicable al caso en que la cosa objeto de prescripcion se dé en prenda ántes de pasados los tres años exigidos para aquélla; la posesion continúa en el acreedor.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente en su primera parte con: Arts. 2235, Cód. Francia.—3459 Luisiana.—1995 Holanda.—Ley 11, tít. III, libro XLI, Digesto.—Ley 11, tít. XXXII, lib. VII, Código.—Párr. 12, tít. VI, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

La posesion, como requisito sin el cual no se prescriben las cosas, debe ser continua; pero no exige la ley que una sola persona sea la que complete todo el tiempo de la posesion, sinó que pueden ser más, lo que, segun dice Goyena, «se llama *accesion* en materia de prescripciones, pues que para formarlos ó completarlos se hace *acceder*, ó se agrega un tiempo al otro.» Por consiguiente, si el que hubiere empezado á prescribir vendiere ó traspasare de cualquier otro modo el dominio de la cosa que estaba prescribiendo, el adquirente puede continuar haciéndolo hasta completar el tiempo que le faltaba á aquél; mas es preciso que proceda de buena fe, segun previene la ley.

Artículo 2241.—Empeñada á una persona por el dueño la cosa mueble que otro estaba prescribiendo ántes que trascurrieren los tres años que la ley exige para hacerla propia, no pierde por esto el acreedor su derecho de prenda.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 7.ª, tít. XIV, lib. VIII, Código Romano.

COMENTARIO

Con arreglo á la ley, ningun perjuicio sufre el acreedor por la prescripcion de la cosa que se le dió en prenda; pero Lopez, apoyado en otras leyes del Código, supone que el acreedor conserva su derecho por espacio de tres años, pues si la cosa pasa á ser propiedad del que la prescribió y no se le reclama en todo el tiempo que para ello tiene derecho, prescribirá su accion; doctrina que si no es legal no carece de fundamento.

CAPITULO III

REQUISITOS DE LA PRESCRIPCION DE BIENES INMUEBLES

Artículo 2242.—Para adquirir las cosas inmuebles por prescripcion, ademas de la buena fe y justo título es necesario el uso, no interrumpido por demanda del dueño de ellas, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Para la buena fe debe tenerse presente lo prescrito en el artículo 2233.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XXIX, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

La sentencia que anula la posesion fundada en la prescripcion con buena fe y justo título, infringe la ley 18, tít. XXIX, Partida 3.ª (Sentencia 30 Octubre 1865).

Para que pueda tener lugar la prescripcion de diez y veinte años, con arreglo á lo prevenido en la ley 18, tít. XXIX, Partida 3.ª, no sólo se necesita la posesion constante, sinó que ha de ir acompañada de buena fe y justo título (Sent. 6 Febrero 1862).

Faltando la buena fe y el justo título no puede verificarse la prescripcion (Sents. 8 Octubre 1862, 6 Diciembre 1875, 10 Marzo 1876 y 31 Enero 1877).

No puede computarse para la prescripcion de una cosa el tiempo que se la posee sin buena fe (Sent. 9 Mayo 1863).

Para que pueda tener lugar la excepcion de prescripcion opuesta á una demanda, es necesario, ademas de otros requisitos, que haya trascurrido el tiempo señalado por la ley desde que el demandante tuvo expedito su derecho para hacer uso de la accion que le correspondiese (Sent. 13 Junio 1863).

Poseyéndose una cosa con buena fe por más de veinte años, sin interrupcion de ninguna especie, se prescribe legalmente el derecho que sus antiguos dueños pudieron tener para reivindicarla (Sent. 11 Marzo 1864).

La sucesion no constituye el título verdadero y singular de adquisicion que las leyes exigen para la prescripcion ordinaria, y por lo tanto la sentencia que desestima la prescripcion ordinaria alegada bajo el supuesto de haber poseido con el título de sucesion y por más de veinte años una finca, siendo libre ya y no vinculada, no infringe la ley 18, tít. XXIX, Partida 3.ª (Sents. 21 Junio 1864 y 16 Noviembre 1871).

La ley 18, tít. XXIX, Partida 3.ª, no se refiere á la prescripcion de las acciones, sinó que tiene por objeto la de las cosas raíces ó incorporales, estableciéndose en ella como uno de los requisitos necesarios para ganarlas por el tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, que se posea la cosa *por alguna razon derecha* (Sentencia 10 Junio 1865).

La declaracion judicial de corresponder á una persona ciertos bienes en calidad de libres, atribuye á los herederos un justo título para adquirir por prescripcion (Sent. 24 Enero 1866).

El que no tiene justo título á su favor, no puede invocar la prescripcion (Sents. id. idem idem y 14 Febrero 1874).

Cuando no se excepciona en tiempo oportuno la prescripcion, son inaplicables, y por tanto no pueden reputarse infringidas, las leyes 18 y 19, tít. XXIX, Partida 3.ª (Sent. 4 Junio 1866).

El justo título exigido por la ley 18, tít. XXIX, de la Partida 3.ª, para legitimar la prescripcion, no se refiere á la mera posesion, sinó al derecho en virtud del cual se solicita y se confiere (Sentencia 9 Mayo 1867).

La prescripcion de dominio de una finca demandada, cuando concurren en ella los requisitos de la ley, desvirtúa las acciones de más largo tiempo, inclusa la de peticion de herencia; la sentencia que no decide en este sentido, in-

fringe la 18, tít. XXIX, Partida 3.ª, que declara «que si algun ome rescive de otro alguna cosa en buena fe de aquellas que non se pueden mover, assi como por compra, ó por donadio, ó alguna otra razon derecha, que si fuese tenedor della, diez años seyendo en la tierra el señor della, ó veinte seyendo en otra parte, que la puede ganar por este tiempo, magüer aquel de quien la oviese rescevido non fuesse verdadero señor; é dende adelante non es tenudo de responder por ella á ningun ome (Sent. 27 Junio 1867).

Las leyes 18 y 19, tít. XXIX, Partida 3.ª, sólo pueden tener aplicacion respecto de la prescripcion comun de diez ó veinte años (Sent. 2 Diciembre 1870).

Para ganar las cosas raíces ó adquirir su dominio por la prescripcion ordinaria, es requisito indispensable que el poseedor las haya por justo título, como por compra, ó por donadío, ó por cambio, ó por manda, ó por alguna otra razon derecha; y lo son, por lo tanto, el de compra-venta á censo reservativo y el de redencion de la pension en aquel capitulado (Sent. 22 Noviembre 1877).

Hecha la venta judicial de los bienes, otorgada la escritura al comprador, vendidos aquéllos más tarde por éste á terceras personas, registradas unas y otras escrituras en el de la propiedad, y poseyendo los compradores con buena fe y justo título por más de diez años entre presentes, los favorece ademas la prescripcion; y por tanto, la Sala sentenciadora, al absolverles de la demanda fundándose en estas consideraciones, no infringe ley alguna ni doctrina legal (Sent. 7 Mayo 1878).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1871 no se establece en absoluto el principio de que la sucesion no sea justo título para ganar la prescripcion, sinó que cuando el causante del heredero no lo tuvo válido, no puede merecer este concepto el de sucesion, siendo entónces indispensable un título singular; lo cual difiere del caso en que el padre de los demandados adquirió los bienes del patronato por título legítimo que trasmitió á sus herederos, á quienes aprovecha para justificar la excepcion que han opuesto á la demanda (Sentencia 3 Octubre 1878).

Artículo 2243.—Vendiendo una persona algun inmueble sabiendo que no tiene derecho para hacerlo, el adquirente de buena fe no lo puede ganar por prescripcion sinó por tiempo de treinta años, á no ser que el verdadero dueño, teniendo conocimiento de la venta, no reclame en diez años si está presente, ó en veinte si se halla ausente.

Para los efectos de lo prescrito en este capítulo se entiende por ausente al que está fuera de la provincia y por presente al que se halla en ella, aunque no sea en el mismo lugar donde radique la cosa prescriptible.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con la ley 12, tít. XXXIII, lib. VII, Código Romano.

El art. 2265, Cód. Francia, y demas citados en el anterior, entienden por ausencia ó presencia el estar domiciliado fuera ó dentro del territorio de la Audiencia.

JURISPRUDENCIA

Adquirida una cosa en remate público, y puesto su comprador en posesion de ella judicialmente, aunque este justo título careciera de alguna formalidad de derecho, no obstaría para que aquél adquiriese por la prescripcion el dominio de la misma, conforme á lo dispuesto en la ley 19, tít. XXIX, Partida 3.ª, si el que se creyese con derecho á aquella cosa no reclamaba dentro de los términos prescritos en dicha ley (Sent. 30 Junio 1863).

Se necesita, segun el primer extremo de la ley 17, tít. XXIX, Partida 3.ª, el trascurso de treinta años para que por prescripcion pueda ganar la cosa raíz el que la recibe de quien no há derecho á enajenarla (Sent. 15 Junio 1864).

Si bien la falta de buena fe en el que enajena exige en el que recibe, con arreglo á la ley 19, título XXIX, Partida 3.ª, mayor espacio de tiempo para la prescripcion, no obsta á un tercero que por un título especial los adquirió de otro que los poseía de buena fe, ni es necesario en tal caso el término de treinta años para legitimar su adquisicion (Sent. 14 Octubre 1864).

La ley 19, tít. XXIX, Partida 3.ª, se refiere á cuando el que enajena la cosa raíz sabe que no tiene derecho para hacerlo, en cuyo caso el que la recibe no la puede ganar por ménos de treinta años (Sent. 19 Marzo 1868).

La circunstancia de ser piloto el prescribente no induce presuncion de derecho sobre que estuviera ausente (Sent. 6 Noviembre 1875).

No existe la doctrina de exigirse buena fe en el que venda y el que compra para que tenga lugar la prescripcion ordinaria (Sent. 22 Enero 1876).

Las leyes 18 y 19, tít. XXIX, Partida 3.ª, al exigir buena fe por parte del vendedor para que pueda verificarse la prescripcion ordinaria, no se refieren á los Tribunales y autoridades administrativas que subastan y venden los bienes del ejecutado, sinó al que celebra voluntaria y particularmente dichos contratos (Sent. 28 Junio 1877).

Artículo 2244.—Si el verdadero dueño se hallare parte del tiempo marcado para la prescripcion ausente y parte presente, se necesita para completarla agregar á los que falten de presencia un número de años doble del que es preciso para completar los diez exigidos entre presentes.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 2266, Cód. Francia.—620, tít. IX, parte primera, Prusia.—Cap. VIII, Novela 119.

COMENTARIO

Podían ocurrir dudas respecto al modo de contar el tiempo para la prescripcion, cuando por haber estado el dueño de la cosa ausente cierto tiempo no fuera fácil computarle con arreglo á lo determinado en otras leyes, y por esto dispone la 20 que si el dueño se hallare parte del tiempo presente y parte ausente, el primero *debe ser contado en la manera dicha... y el otro tiempo que alguno estuviere á otra parte, débese contar doblado... así que si tuvo* (la cosa) *cinco años, estando ambos presentes, é diez despues que alguno fuese á otra parte, que la puede ganar por este tiempo.*

CAPÍTULO IV

DE LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

Artículo 2245.—Prescríbese la propiedad de los bienes inmuebles y los demas derechos reales cualquiera que sea el medio por que se hayan adquirido por la posesion continuada de treinta años, siempre que durante este tiempo no se entable pleito sobre ella. El poseedor de mala fe, sin embargo, una vez perdida la posesion de la cosa, no podrá reclamarla de aquel en cuyo poder recayese, á no ser del que se la robó ó de aquel á quien se le había entregado en arrendamiento ó comodato, ó tambien cuando despues de haber dado el juez, por su rebeldía, la posesion á otro, se presentare dentro de un año, y quisiere, pagando las costas, contestar á la demanda contra él aducida.

El poseedor de buena fe, por el contrario, puede, una vez perdida la posesion, reclaclamarla á quien quiera que la tenga ménos á su verdadero dueño, á no ser que éste la hubiere recobrado por fuerza ó engaño.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Tratándose de bienes imprescriptibles, no puede invocarse útilmente la prescripcion que la ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, concede á los tenedores de la cosa por treinta ó más años continuos, *por cualquiera manera que hubiesen la tenencia* (Sent. 13 Diciembre 1864).

Faltando al poseedor de una cosa raiz el justo título y la buena fe para adquirirla, á juicio de la Sala sentenciadora y por la apreciacion de los hechos, no puede prescribirla su heredero sinó por el trascurso de treinta años, contados desde que éste entró á poseerla (Sents. 21 Setiembre 1860 y 18 Marzo 1874).

La falta de buena fe en el que enajenó una finca no perjudica al tercero que por un título especial la adquirió de otra persona que tambien la poseía de buena fe, ni hace necesaria, en este caso, la prescripcion de treinta años para la legitimidad de la adquisicion por dicho tercero (Sent. 20 Noviembre 1860).

Con arreglo á lo dispuesto en la ley 21, título XXIX, Partida 3.ª, gana la cosa el que la tiene por treinta años, si no le mueven pleito sobre ella en este tiempo (Sents. 12 Marzo 1867 y 28 Octubre 1870).

La ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, no está derogada por la 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Recopilacion, porque se refiere á diferentes objetos (Sents. 26 Setiembre y 28 Diciembre 1870).

La primera parte de la ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, relativa á la prescripcion de la cosa hurtada, robada ó forzada, se halla derogada por las leyes 1.ª y 2.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recop., segun las cuales el que tuviere alguna cosa forzada, hurtada ó escondida, no puede adquirirla por prescripcion ni dejar de responder de ella ante su dueño, cualquiera que sea el tiempo de su posesion (Sents. 29 Mayo 1873 y 14 Febrero 1874).

La disposicion de la ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, en que se declára que «cuando alguno fuera tenedor á buena fe de alguna cosa que sea raíz, por treinta años ó más, cuidando que era suya, ó que fuera de su padre, ó que la hubiera por otra derecha razon, que la puede ganar por este tiempo ó ampararse por él contra todos quantos gela quisiesen demandar,» no es aplicable cuando aparece evidentemente que en el que tenía las fincas no concurre ninguno de los requisitos, no ya para la adquisicion de la propiedad de que desistió expresa y definitivamente, sinó ni áun para las de sus rentas, que naturalmente han de corresponder al dueño de las mismas, puesto que no es posible que las considerase como suyas por ninguna *razon derecha*, poseyéndolas, como las ha poseído, no en concepto de propietario, sinó de testamentario universal de un hermano del que las había comprado (Sent. 29 Mayo 1873).

Cualquiera que sea la eficacia de un documento privado de venta de un terreno, estimado por la Sala con vista de las pruebas que la vendedora sabía que no era dueña de lo que vendía, se necesitan treinta años para la prescripcion; y no habiendo trascurrido, es inaplicable al pleito y no ha podido tampoco ser infringida la ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, que declara *como por tiempo de treinta años puede ome ganar cual cosa quier que tenga, quier haya buena fe, quier non* (Sent. 1.° Abril 1876).

COMENTARIO

Dase el nombre de prescripcion ordinaria á la que tiene lugar mediante los requisitos de buena fe, justo título y posesion de tres años en las cosas muebles, diez entre presentes y veinte entre ausentes en las inmuebles; pero hay otras prescripciones, llamadas extraordinarias, en cuanto exigen para su complemento una posesion de tiempo mucho más largo que el indicado, y vamos ahora á estudiarlas.

Entre ellas se cuenta la que, segun la ley 21, tiene lugar mediante la posesion continuada de treinta años *por cual manera quier que oviesse la tenencia* (el poseedor), *que non le moviesen pleito sobre ella en todo este tiempo.., maguer fuese la cosa furtada ó forzada ó robada...* De las palabras de la ley se deduce que basta la posesion de treinta años para adquirir la propiedad, sin necesidad de buena fe ni de justo título; mas no olvidó el legislador que el requisito de la buena fe es digno de tenerse en cuenta cuando se trata de prescripcion, y que constituye cierto derecho ó un título á favor del que la tiene, para no ser igualado en todo al que obró de mala fe, y por esto dispuso que éste no podrá reclamar su posesion, en el caso de perderla, de aquel en cuyo poder se halle, sinó en tres casos: 1.°, contra el que se la robó; 2.°, contra el que la había recibido de él en arrendamiento ó comodato, y 3.°, cuando despues de haber sido desposeído por providencia del juez, dictada á causa de su rebeldía, se presenta en el término de un año ofreciendo pagar las costas y contestar á la demanda contra él aducida. El poseedor de buena fe, por el contrario, puede reclamar su posesion perdida contra cualquiera que la tenga, ménos contra su verdadero dueño, si en su poder se la hallare, y áun podrá dirigirse contra éste si obtuvo esa posesion por fuerza ó engaño.

Se ha suscitado entre los autores la duda de si en esta clase de prescripcion se necesita ó no buena fe; y aunque la jurisprudencia, léjos de

resolverla, ha venido á aumentarla con sus fallos declarando en unos necesario ese requisito y considerándolo en otros como inútil para los efectos de la ley, nosotros, fundándonos en la disposicion terminante de ésta, ántes trascrita, no juzgamos de necesidad la buena fe en la prescripcion de treinta años, mucho más cuando de otro modo ninguna diferencia habría entre la prescripcion ordinaria y la que por ser de larguísimo tiempo basta con él para echar un velo sobre el orígen de ella, supliendo los defectos que en la primera pudiera haber, y contribuye, en cierto modo, á que los derechos no sean inciertos y la propiedad sea respetada, lo que de otro modo produciría el efecto contrario, si por faltar la buena fe no pudieran prescribirse ni por treinta años las cosas.

Artículo 2246.—Los bienes inmuebles pertenecientes á la Iglesia ó lugares religiosos no pueden prescribirse por ménos de cuarenta años; los bienes muebles prescriben á los tres años, y los que pertenezcan exclusivamente á la iglesia de Roma, por cien años.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
Ley 26, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Cap. VI, Novela 131.—Leyes 4.ª, tít. XXXIX, lib. VII; 14, tít. LXI, lib. XI, Código Romano; 24, tít. II, lib. I, con la Auténtica *quas actiones*.

JURISPRUDENCIA

La ley 26, tít. XXIX, Partida 3.ª, sólo es aplicable tratándose de bienes eclesiásticos (Sentencia 15 Junio 1864).

La prescripcion de cien años y la inmemorial no tiene lugar cuando se sabe la procedencia de las fincas y las personas que las han poseído (Sent. 15 Octubre 1866).

COMENTARIO

La disposicion de este artículo, tomada de las Partidas y confirmada por el Fuero Real al establecer *que las cosas de sancta Eglesia no se pierdan por menos tiempo de lo que mandaron los sanctos padres*, que no es otro que el marcado en el código Alfonsino, viene á establecer una excepcion por deferencia á la Iglesia.

Artículo 2247.—Si el obispo hiciera donacion de las cosas de la iglesia sin consentimiento del cabildo, el donatario no puede prescribirlas en ningun tiempo, si conoce esta circunstancia; mas si procediere de buena fe, puede hacerlas suyas por tiempo de cuarenta años.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIV, Partida 1.ª

Artículo 2248.—A pesar de lo dispuesto en el número 5.º del art. 2228, si por compra ú otra razon adquiriere uno alguna cosa mueble ó raíz que estuviere empeñada á otro, ganará aquél el dominio de ella por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, si obró de buena fe; por treinta si obró con mala fe, y por cuarenta si el que suscribe fuere el mismo deudor, ó su heredero ú otro á quien aquél hubiese dado segunda vez la cosa en prenda.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXXVI, lib. VII, Código Romano, y en cuanto á la última parte con el párr. 2.º, ley 7.ª, tít. XXX *De prescriptione*, Código.

COMENTARIO

El presente artículo trata de la prescripcion de las cosas empeñadas. Estas, como ya hemos dicho en otro lugar, son imprescriptibles por el acreedor; mas si pasan á poder de persona extraña por cualquier título traslativo de dominio, la ley 27 las declara sujetas á prescripcion en la forma y manera que dejamos señaladas, conforme á lo dispuesto en otras leyes, y por razones análogas á las consignadas al explicarlas.

Artículo 2249.—Tiene lugar la prescripcion inmemorial para los casos especialmente señalados en las disposiciones de este Código, cuando el poseedor usó la cosa tanto tiempo que no puedan recordar los hombres la época en que comenzó á ejercitar ese derecho.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. del Tribunal Supremo de 21 Junio 1864.

La posesion inmemorial, justificada y apreciada, es la continua (Sent. 28 Diciembre 1866).

La prescripcion inmemorial no produce sus efectos cuando no hay buena fe por parte del adquirente (Sent. 16 Octubre 1858).

Cuando no se justifica la prescripcion inmemorial, segun apreciacion de la Sala sentenciadora, no se infringen las leyes 5.ª, 12 y 15, título XXXI, Partida 3.ª, la Real órden de 5 de Abril de 1834, y la doctrina de que en materia de prescripcion debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa sobre la posesion inmemorial (Sent. 3 Abril 1868).

La prescripcion inmemorial no se justifica suficientemente con testigos, el mayor de cincuenta y cinco años, por más que digan que así lo han visto durante el tiempo de que pueden dar razon, puesto que ese testimonio no alcanza á demostrar que el suceso que se trata de probar excede de la memoria de los hombres más ancianos, y que no hay ninguno que tenga conocimiento de su orígen (Sent. 9 Noviembre 1865).

La prescripcion de cien años y la inmemorial no tienen lugar cuando se sabe la procedencia de las fincas y las personas que la han poseido (Sent. 15 Octubre 1866).

CAPITULO V

DE LA PRESCRIPCION CONSIDERADA COMO MEDIO DE LIBERTARSE

Artículo 2250.—El derecho de ejecutar por accion personal prescribe á los diez años; la accion personal la ejecutoria dada sobre ella y la accion hipotecaria, á los veinte; y la mixta de real y personal, á los treinta.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec. (63 de Toro).
Art. 134, ley Hipotecaria.

JURISPRUDENCIA

La prescripcion consignada en la ley 5.ª, título VIII, lib. XI, Nov. Rec. (63 de Toro), alcanza á todas las acciones, tanto reales como personales ó mixtas, por ser sus principios generales de alto interes público y social, aplicables á las disposiciones del derecho civil, y su principal objeto asegurar el dominio y la propiedad, que de otro modo podrian quedar en incierto por tiempo indefinido (Sent. 17 Noviembre 1865).

Las acciones dirigidas á pedir en juicio la division de una cosa comun, duran siempre, y no puede alegarse contra ellas la prescripcion (Sentencias 22 Febrero 1858 y 22 Noviembre 1864).

Si bien las acciones mixtas de reales y personales se prescriben á los treinta años con arreglo á la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., cuando dicho término corre contra los menores de veinticinco años, segun la ley 9.ª, tít. XIX, Partida 6.ª, tienen el beneficio de la restitucion que esta ley les otorga por el tiempo trascurrido durante su menor edad (Sent. 11 Marzo 1864).

Las acciones personales prescriben á los veinte años con arreglo á la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec. (Sents. 21 Enero 1863, 8 Enero 1864, 7 Mayo 1864, 17 Marzo 1865 y 4 Diciembre 1866).

No se infringe lo dispuesto en la ley 5.ª, título VIII, lib. XI, Nov. Rec., relativa á la prescripcion de las acciones reales, cuando la de-

manda contra esa prescripcion se entable ántes de que trascurran los treinta años que aquella ley fija para que tenga lugar (Sent. 13 Mayo 1862).

La accion real hipotecaria prescribe á los treinta años, segun prescribe la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec. (Sents. 24 Enero 1863 y 14 Octubre 1864).

Prescribe á los treinta años en favor del que posee en las condiciones legales la accion de peticion de herencia, para reclamarle los bienes disfrutados, sin que la sentencia que así lo determine infrinja la ley 63 de Toro, el Fuero 6.º *De prescriptionibus*, y la jurisprudencia que, apoyada en estas leyes, tiene establecida el Tribunal Supremo (Sent. 20 Enero 1866).

La accion que compete para hacer efectivos los derechos que nacen de las leyes desvinculadoras se prescribe del mismo modo que las demas que se dan para reclamar bienes libres, debiendo contarse el tiempo de la prescripcion desde la fecha del restablecimiento de la ley de 11 de Octubre de 1820 por la de 30 de Agosto de 1836 (Sents. 23 Mayo 1855 y 9 Enero 1875).

La posesion por más de setenta años de una heredad en concepto de vincular, produce prescripcion de los derechos reales (Sent. 29 Abril 1858).

Cuando no se ha ejercitado oportunamente la accion para anular un acto vicioso, queda subsistente y firme por la prescripcion probada, no siendo aplicable en dicho caso el principio de que lo que es nulo por la ley, no puede hacerlo válido ó variar el trascurso del tiempo (Sent. 21 Enero 1865).

Estimándose la excepcion de prescripcion, no há lugar á la accion de peticion de herencia (Sent. 24 Enero 1866).

El término de treinta años, durante el que, con arreglo á la ley 63 de Toro, se prescriben las acciones reales ó mixtas, no se cuenta sinó desde que empieza el derecho para poder ejercitarles (Sent. 6 Abril 1866).

Tratándose de la prescripcion de acciones, basta el trascurso del tiempo para que se verifique, sin que sean necesarios los requisitos que exigen las leyes 18, 19 y 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, para prescribir el dominio de las cosas raíces (Sents. 7 Abril 1866 y 27 Febrero 1875).

Ya que no se estime que la ley 22, tít. XIX, Partida 3.ª, se halla completamente derogada, puesto que existen deudas hipotecarias que no se prescriben sinó por el término de treinta años, lo está, á lo ménos, en cuanto á las procedentes de acciones personales, por la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., que limita á veinte años el tiempo necesario para la prescripcion de dichas acciones (Sent. 4 Diciembre 1866).

No pueden ejercitarse las acciones que han prescrito por el lapso del tiempo marcado en la ley (Sents. 29 Abril 1867 y 18 Junio 1864).

Segun la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion, las acciones mixtas pueden ejercitarse durante el término de treinta años, y aunque así no fuera, una vez deducidas en juicio, pueden las partes hacer valer sus efectos durante el mismo término (Sent. 15 Enero 1867).

Cuando pasa el tiempo para ejercitar una accion sin hacerlo, prescribe dicha accion, á no ser que se pruebe que ha habido un motivo señalado y ostensible que impidiera el comenzar ó continuar las diligencias judiciales (Sent. 19 Febrero 1869).

Segun la ley 63 de Toro, se necesita el trascurso de treinta años para que prescriba la accion real hipotecaria (Sent. 21 Diciembre 1869).

Cuando la accion es mixta de real y personal, no es admisible la excepcion de prescripcion por sólo el trascurso de doce años, por ser indispensable que concurra, entre otros requisitos, el trascurso del tiempo determinado por la ley (Sent. 11 Junio 1869).

Las leyes 21 y 22, tít. XXIX, Partida 3.ª; 7.ª, tít. XIV de la Partida 6.ª, y 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., referentes al tiempo por que se gana y pierde el dominio de las cosas, se extinguen los créditos y se prescriben las acciones, no tienen aplicacion al pleito en que los demandantes piden sus legítimas, que viene poseyendo *de consuno* el demandado en cuya compañía han vivido hasta proponer la demanda; no pudiendo éste *defender por tiempo* y estando obligado á entregar á cada uno lo suyo, *cuando quier que se lo demandare*, segun lo que dispone la ley 2.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion (Sent. 12 Enero 1870).

La ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., sobre prescripcion de acciones, no es aplicable á aquellas que tienen término señalado para su ejercicio, como sucede en la rescision por lesion (Sent. 12 Abril 1871).

Las acciones mixtas de personales y reales no pueden prescribirse por tiempo menor de treinta años (Sents. 14 Julio 1871 y 1.º Marzo 1875).

No existiendo una accion, falta la base para suponer que puede haberse prescrito y conside-

rar infringidas las leyes relativas á prescripcion de acciones (Sent. 23 Mayo 1874).

Todos los pactos que producen acciones personales están sujetos á las reglas establecidas por el derecho para la prescripcion como medida de verdadero órden público, que asegura la posesion y la propiedad de las cosas para que no permanezcan en incierto por tiempo indefinido (Sent. 12 Mayo 1875).

Segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consignada en sentencia de 17 de Noviembre de 1865, la prescripcion que establece la ley 63 de Toro comprende toda clase de acciones, sean reales, personales ó mixtas, y cuando no se ejercita en la demanda accion alguna personal, sinó otra emanante de un título hereditario ó derecho en las cosas que no prescriben por ménos de treinta años, la sentencia que absuelve de la demanda, considerando prescrita la accion sin haber trascurrido este término, infringe la ley citada (Sent. 29 Diciembre 1875).

Fundándose un recurso exclusivamente en la prescripcion de la accion intentada, carece de toda relacion con esta cuestion jurídica el artículo 10 de la ley de 11 de Octubre de 1820, igualmente que la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion, que si bien señala el tiempo en que se prescriben las acciones ejecutivas, personales y reales ó mixtas, no establece regla.

COMENTARIO

Se ha creído por algunos que el derecho de ejecutar por accion personal no debía contarse siempre desde que nace la accion ejecutiva, sinó desde el dia de la obligacion, porque de no ser así, quedaría al arbitrio del acreedor la duracion mayor ó menor de las acciones, una vez que nó presentase para el reconocimiento el vale ó pagaré donde conste su crédito, muchos años despues de haberse otorgado, viniendo á resultar que el vale, por requerir aquella circunstancia para ser título que tenga aparejada ejecucion, sería privilegiado sobre la escritura.

La ley no admite esta explicacion, porque terminantemente dice que el derecho de ejecutar prescribe á los diez años y derecho de ejecutar no existe miéntras no haya accion ejecutiva; por consiguiente, empezará á contarse el tiempo en la *sentencia* desde el día en que se dictó, en el *instrumento público* desde la fecha de su otorgamiento ó desde que se cumplió la condicion ó el plazo, si la condicion que en él consta fuere condicional ó á día cierto; en los *vales, pagarés* y *papeles simples*, desde el día de su reconocimiento, etc.

Los veinte años señalados para la prescripcion de la ejecutoria dada sobre la accion personal, empiezan á contarse desde que aquélla se dictó, ó se declaró la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. El ejemplo citado por varios autores explica perfectamente esto punto: Pedro prestó á Juan mil reales ante testigos, y por no habérselos pagado en el plazo convenido, se los demanda judicialmente: niega Juan la deuda, y luégo la justifica Pedro, en cuya virtud es condenado aquél á su satisfaccion, y se ejecutoría por tribunal superior ó declara el juez inferior por pasada en autoridad de cosa juzgada su sentencia: desde este momento empiezan á correr los veinte años, los diez para pedir por la vía ejecutiva, y los otros diez para pedir por la vía ordinaria, si en los primeros no usó de aquel derecho, sin que la accion personal haya dejado de existir, porque Pedro siempre la tuvo para exigir el pago de la deuda á Juan.

En lo que ha sido modificada la ley de Toro es en lo relativo á la accion hipotecaria. Segun ella, prescribía ésta por treinta años, disposicion que ha estado vigente hasta que la ley Hipotecaria redujo aquel tiempo al de veinte años, contados desde que pueda ejercitarse dicha union con arreglo al título inscrito.

Que la ley parece facultar al acreedor para hacer más ó ménos larga la duracion de las acciones desde el momento en que aquél retrase la interposicion de la demanda ejecutiva; que podía haber señalado ménos tiempo para la prescripcion de acciones, que debía haber hecho distincion del mismo entre presentes y ausentes, como hace el Proyecto de Código, etc., son cuestiones, que como otras muchas, salen de la esfera del derecho positivo, y áun cuando en el campo del derecho constituyente y de la ciencia tienen perfecta cabida, no somos nosotros los llamados á resolverlas, ni tampoco nos lo permite el límite á que debemos circunscribirnos.

Por último, respecto á los requisitos que deben concurrir en la prescripcion de acciones, sólo diremos que la ley únicamente señala como tal el tiempo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha confirmado, declarando innecesarios los que para prescribir el dominio exigen las leyes.

Artículo 2251.—Prescribe á los tres años

la accion de los letrados, procuradores y solicitadores para demandar sus honorarios. La prescripcion corre desde el dia en que se devengaron, y se interrumpe por la contestacion á la demanda hecha ántes del trascurso de dicho plazo.

Lo establecido en este artículo no puede renunciarse, y cualquier renuncia en contrario es ineficaz.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.

Artículo 2252.—Prescribe igualmente á los tres años la accion de los criados para reclamar los salarios devengados, á no acreditar que los reclamaron dentro de ese tiempo y no les habían sido satisfechos. Dicho término empieza á correr desde el día en que fué despedido el criado.

La misma regla es aplicable á los boticarios, joyeros, oficiales mecánicos, especieros, confiteros y cuantos tienen tiendas de artículos de comer, para reclamar lo que se les deba por sus géneros.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La ley 10, tít. XI, lib. X, Nov. Rec., sólo tiene por objeto establecer la prescripcion á los tres años de la accion qué pueden ejercitar los criados por los salarios que se les deben, de la que corresponda entablar á los que venden en tiendas de comercio, á los oficiales mecánicos por sus hechuras, á los confiteros, boticarios y otros por las suyas, de cuyas palabras se deduce claramente que no tiene aplicacion á géneros y efectos de comercio que no sean hechura de las mismas personas que los vendan como resultado de trabajo ó industria que les sea personal (Sent. 23 Febrero 1871).

Si bien la ley 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion, determina que la accion personal no prescribe hasta los veinte años, esta ley fué modificada por la posterior, 10, tít. XI, lib. X del mismo Código, que limita aquel término á tres años para la prescripcion de las acciones tambien personales que asistan á los artesanos para pedir el valor de sus obras, á ménos que justifiquen que las pidieron dentro de los mismos tres años y no se las hayan satisfecho (Sentencia 4 Diciembre 1871).

Artículo 2253.—La accion que tienen los recaudadores y arrendadores de rentas públicas para reclamar lo que se les debe por los contribuyentes prescribe á los cuatro años, á no ser que por acto alguno de aquellos se interrumpiera la prescripcion.. Esta empieza á correr desde el día en que cesaron en su cargo dichos recaudadores y no es extensiva á lo que se debe al Estado.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

COMENTARIO

La disposicion de este artículo no se refiere á las contribuciones que directamente hayan de pagarse al Estado. Respecto de éstas, el art. 53 del Real decreto de 23 de Mayo de 1845 decía:

«Deja de ser exigible toda cuota de contribucion cuyo importe no haya sido reclamado en el espacio de dos años, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona encargada de la cobranza para con el Tesoro público.»

CAPÍTULO VI

DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN Ó SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCION

Artículo 2254.—Interrumpida la posesion, se entenderá interrumpida la prescripcion de la propiedad; interrumpida la propiedad, se entenderá interrumpida la prescripcion de la posesion.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec. (65 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 575, tít. IX, parte 1.ª, Cód. Prusia, y ley 5.ª, tít. III, lib. XLI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando la Sala sentenciadora estima que la posesion ha sido continua, no puede tener aplicacion la ley 65 de Toro, que habla de las interrupciones que impiden la prescripcion (Sentencia 19 Enero 1865).

Si bien la ley 6.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion, ordena que la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, cuando la Sala sentenciadora, por los fundamentos que aprecia y consigna, sin que contra su juicio se oponga ley ó doctrina legal, declara que desde antiguo se estuvo en la constante é inmemorial posesion de una cosa, no se infringe dicha ley (Sent. 22 Junio 1867).

COMENTARIO

En la redaccion de este artículo, que contiene lo que puede considerarse como la regla general respecto á las causas que interrumpen ó suspenden el curso de la prescripcion, hemos procurado consignar las mismas palabras de la ley 65 de Toro, 6.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion, de donde está tomada su disposicion, á fin de evitar dudas y explicaciones.

Muy sencilla es la doctrina para que nos detengamos en hacerlas; mas no por esto han dejado de presentarse dudas entre los autores, pues miéntras unos dicen que, conforme al espíritu de la ley, lo que el legislador quiso significar es que la interrupcion de la prescripcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, y viceversa, otros, apoyándose en las mismas palabras de la ley, opinan que, interrumpida la posesion, se interrumpe la prescripcion de la propiedad; dudas poco fundadas, á las que el texto legal únicamente puede darles base en cuanto á las palabras, mas no respecto al fondo de la disposicion.

Artículo 2255.—Interrúmpese la prescripcion:

1.° Por el abandono de la cosa ó pérdida de la posesion antes de terminar el plazo para prescribir. El poseedor no podrá, si despues la recobra, unir el tiempo pasado al que despues siga prescribiendo, sino que tendrá que comenzar de nuevo á contarlo.

2.° Por demanda deducida por el verdadero dueño y emplazamiento hecho en su consecuencia al poseedor.

3.° Por la renovacion de deuda ó demanda extrajudicial de crédito en la prescripcion que se ejercita sobre las cantidades ú objetos debidos.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
Ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerdan sustancialmente: con el primer párrafo la ley 5.ª, tít. XXX, lib. XLI, Digesto; y con el 2.º los artículos 2244, Cód. Francia.—552, párrafos 2.º y 3.º Portugal.—2125 Italia.—2017 Holanda.—1497 Austria.—553, tít. IX, parte 1.ª con adiciones, Prusia.—1652 Vaud.—2002 Valais.—3484 Luisiana.—2271 Bolivia.—Leyes 3.ª y 7.ª al principio, tít. XXXIX, 3.ª, tít. XL, lib. VII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

El deslinde y apeo de una heredad, practicados con objeto de señalar sus límites, no interrumpe la posesion para los efectos de la prescripcion (Sent. 23 Febrero 1859).

La reclamacion por medio de una carta no puede surtir los efectos del cumplimiento para interrumpir la prescripcion (Sents. 1.º Mayo 1861 y 21 Enero 1865).

Queda interrumpida la prescripcion por la reclamacion que se haga de la cosa que se pretenda prescribir (Sent. 21 Junio 1862).

Segun la ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª, uno de los modos de interrumpirse la prescripcion es si el deudor pagase parte de la deuda (Sentencias 20 Junio 1865 y 3 Abril 1876).

El término que en una sentencia se concede para ejercitar una accion, no puede ser otro que el establecido para la prescripcion de la misma accion segun la legislacion comun. Este término no puede interrumpirse por la interposicion de súplicas improcedentes, ni solicitudes de entrega condicional de lo mandado entregar por la sentencia, sin otra diligencia alguna que no sea su literal cumplimiento (Sent. 3 Abril 1869).

El tiempo de la prescripcion no se interrumpe por litigio anterior sobre la misma cosa, cuando en este litigio se ejercitó accion distinta de la utilizada en el pleito posterior, y sobre todo cuando los demandados en él fueron absueltos, segun tiene declarado el Tribunal Supremo (Sent. 14 Enero 1871).

No puede aprovechar al deudor la prescripcion cuando consta de una manera cierta la repeticion de actos con que el acreedor le ha reconvenido para el pago de lo adeudado, con los cuales se ha interrumpido el término de la prescripcion (Sent. 24 Junio 1871).

Se interrumpe el curso de la prescripcion, segun lo dispuesto en la ley 29, tít. XXIX de la Partida 3.ª, y segun las declaraciones del Tribunal Supremo, por las reclamaciones directas, aunque extrajudiciales, del acreedor ó propietario al deudor ó poseedor, y por todo reconocimiento expreso ó tácito que éste haga del derecho primero (Sents. 14 Julio 1871 y 12 Febrero 1875).

La ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª, exige para interrumpir la prescripcion que el acreedor haga emplazar al deudor por carta del Rey ó del juzgador ó por portero, y acorde con ella la 7.ª, tít. XI del Fuero Real, obliga á quien quiera obtener aquel resultado á *querellarse al Rey de aquel que tiene la su cosa, ó emplazarle por señal que él pase, ó por carta del Alcalde, ó por su ome conocido*, sin que valga la reclamacion verbal ni la que se haga en carta particular, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo (Sent. 3 Octubre 1874).

No es doctrina legal ni jurisprudencia establecida, la de que cuando conste de una manera cierta que se ha reconvenido al deudor extrajudicialmente, se interrumpe la prescripcion (Sents. id. id. id.).

Si ántes de trascurrir el tiempo de la prescripcion se celebra acto de conciliacion, para lo que es preciso que el Juez mande citar al recurrente, con señalamiento de día y hora, que el demandante haga su reclamacion al demandado, y los hombres buenos de quienes tienen que asociarse, así como el Juez, procuren avenirlos; estos actos, segun la citada ley 29, son más que suficientes para interrumpir la prescripcion de la accion (Sent. 12 Febrero 1875).

Se alega infundadamente la ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª, sobre interrupciones de la prescripcion, cuando el término ordinario de ésta habia pasado con exceso al alegarse el motivo de la interrupcion (Sent. 6 Noviembre 1875).

Declarado por la Sala sentenciadora que la interrupcion de la prescripcion por el pago de los intereses no se ha probado en suficiente forma, hecha esta declaracion, la cuestion del pleito se resuelve en una cuestion de hecho, sometida á la apreciacion de la misma Sala, que es decisiva cuando en ella no se ha infringido ley ni doctrina legal; y por tanto, al absolver de la demanda al demandado por haber prescrito la accion del demandante, la sentencia no infringe la ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª, ni la 5.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec., en relacion con ella (Sent. 3 Abril 1876).

Segun declaracion del Tribunal Supremo, fundada en la ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª, la prescripcion de las cosas raíces y de las accio-

nes se interrumpe por la gestion é interpelacion hecha en un acto de conciliacion al tenedor de la cosa que se reclama (Sent. 11 Diciembre 1876).

COMENTARIO

Siendo la posesion requisito imprescindible para la prescripcion, por cualquier cosa que una se acabe desaparece la otra, de manera que por el abandono de la cosa ó pérdida de la *tenencia della* se interrumpe la prescripcion. Este modo, llamado natural, de interrumpirse la prescripcion, lleva consigo la pérdida total del derecho, pues áun cuando despues se recobrara la posesion, habría que empezar á contar de nuevo el tiempo para prescribir, sin que pudiera valer á este el que se estuvo prescribiendo.

El segundo párrafo del artículo señala el modo de interrumpirse civilmente la prescripcion, mediante la demanda del dueño de la cosa, emplazando al poseedor, y tiene de particular que si éste obtuviere sentencia favorable por no haber probado su dominio el demandante, se continúa contando el tiempo como si no hubiera habido interrupcion.

Por último, cuando hubiera empezado á prescribirse la accion para reclamar un crédito, interrúmpese la prescripcion por la renovacion ó reconocimiento del mismo llevado á cabo por el deudor, *faciendo carta ó fiadura sobre sí, ó dando peños ó pagando algo por razon de menoscabo, ó dando parte del precio, ó faciendo alguna otra cosa semejante destas nuevamente*, y tambien se produce el mismo efecto por la reclamacion del crédito hecha por el acreedor *delante de amigos ó avenidores*, cuyas palabras dan á entender que la ley admite la interrupcion verificada de un modo extrajudicial, aunque no son unánimes las leyes en este punto.

Artículo 2256.—Cuando el que prescribe estuviere ausente, se incapacitare, ó muriere dejando menores sin guardador, por cuyas razones no pudiere ser demandado en juício por el verdadero dueño, basta para que se interrumpa la prescripcion el que éste reclame su propiedad ante el juez, y en su defecto ante el alcalde ó ante testigos.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
Ley 30, tít. XXIX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con el cap. II, tít. IV, lib. VII, Código Romano.

COMENTARIO

La ley 30, tít. XXIX, Partida 3.ª, ha perdido hoy importancia, porque la disposicion en ella contenida no puede ser en todas sus partes aplicada. Lo dèmas, confirmado por el Fuero Real y consignado en el artículo, es tan sencillo, que su simple lectura basta para formar concepto del precepto legal.

FIN DEL SEGUNDO Y ÚLTIMO TOMO

NOTA. A ruego del autor de esta obra, se hace constar que por imposibilidad del mismo ha tomado parte en la formacion del CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA el Sr. D. Emilio Almech, á cuya pluma se deben en su mayor parte los artículos del 377 al 423, del 727 al 834, del 1078 al 1362 y del 2180 al 2256.

El Editor.

ÍNDICE

DE LOS LIBROS, TÍTULOS, CAPÍTULOS, SECCIONES Y PÁRRAFOS DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

TOMO SEGUNDO

Páginas.

TITULO VI.—*De los contratos y obligaciones en general.*
Capítulo I.—Disposiciones generales 5
Capítulo II.—De los requisitos esenciales para la validez de los contratos.
Seccion primera.—De la capacidad de los contratantes 8
Seccion segunda.—Del consentimiento 12
Seccion tercera.—De la naturaleza y efectos de los contratos 15
Seccion cuarta.—De la causa de los contratos 16
Seccion quinta.—De la forma ó solemnidad de las obligaciones 18
Capítulo III.—Del efecto de las obligaciones que provienen de los contratos.
Seccion primera.—Disposiciones generales 20
Seccion segunda.—De la obligacion de dar 25
Seccion tercera.—De la obligacion de prestar algun servicio 26
Seccion cuarta.—Del resarcimiento de daños ó perjuicios y abono de intereses 27
Seccion quinta.—De la interpretacion de los contratos 31
Capitulo IV.—De las diversas especies de obligaciones.
Seccion primera.—Disposicion general 35
Seccion segunda.—De las obligaciones puras y condicionales 36
Seccion tercera.—De las obligaciones á plazo ó sin él 41
Seccion cuarta.—De las obligaciones conjuntivas y alternativas 42
Seccion quinta.—De las obligaciones mancomunadas 44
Seccion sexta.—De las obligaciones con cláusula penal 45
Capítulo V.—De la extincion de las obligaciones.
Seccion primera.—Disposicion general 48
Seccion segunda.—Del pago ó cumplimiento.
§ I.—De la naturaleza del pago ó cumplimiento, y del lugar en que debe ejecutarse 49
§ II.—De las personas que pueden hacer pagos y recibirlos 52
§ III.—De la imputacion del pago 55
§ IV.—Del ofrecimiento del pago y de la consignacion 56
Seccion tercera.—De la subrogacion 57
Seccion cuarta.—De la compensacion 58
Seccion quinta.—De la novacion 62
Seccion sexta.—De la quita ó perdon de la deuda 67
Seccion sétima.—De la cesion de bienes 69
Seccion octava.—De la confusion de derechos 72
Seccion novena.—De la pérdida de la cosa debida 73
Seccion décima.—Declaracion de las obligaciones.
§ I.—Disposiciones generales 74

Páginas.

§ II.—De la restitucion de las personas sujetas á tutela ó curaduría, y otras á quienes la ley confiere este beneficio ... 75
§ III.—De la rescision de las obligaciones á instancia de los acreedores ... 83
Seccion undécima.—De la prescripcion de las obligaciones ... 87
Seccion duodécima.—De la condicion resolutoria ... 87
Capítulo VI.—De los efectos de la declaracion de nulidad ... 88
Capítulo VII.—De la prueba de las obligaciones.
Seccion primera.—Disposiciones generales ... 89
Seccion segunda.—De la prueba instrumental.
§ I.—De los instrumentos públicos ... 95
§ II.—De los instrumentos privados ... 104
Seccion tercera.—De la confesion y del juramento.
§ I.—De la confesion ... 110
§ II.—Del juramento judicial ... 117
Seccion cuarta.—De la prueba testifical ... 119
Seccion quinta.—De las presunciones ... 125
TÍTULO VII.—*Del contrato de matrimonio.*
Capítulo I.—Disposiciones generales ... 127
Capítulo II.—De las donaciones matrimoniales.
Seccion primera.—De las donaciones esponsalicias ... 129
Seccion segunda.—De las arras en el matrimonio ... 133
Seccion tercera.—De las donaciones durante el matrimonio ... 137
Capítulo III.—De la dote.
Seccion primera.—De la constitucion de la dote y bienes que la componen ... 139
Seccion segunda.—De la administracion y usufructo de la dote, y de los derechos y obligaciones de los esposos relativamente á los bienes que la componen ... 147
Seccion tercera.—De la restitucion de la dote ... 167
Capítulo IV.—De los bienes parafernales ... 171
Capítulo V.—De las donaciones *propter nuptias* ... 176
Capítulo VI.—De la sociedad legal.
Seccion primera.—Disposiciones generales ... 178
Seccion segunda.—De los bienes gananciales ... 181
Seccion tercera.—De las cargas y obligaciones de la sociedad legal ... 187
Seccion cuarta.—De la administracion de la sociedad legal ... 189
Seccion quinta.—De la disolucion de la sociedad legal ... 190
Seccion sexta.—De la liquidacion de la sociedad legal ... 191
TÍTULO VIII.—*Del contrato de compra y venta.*
Capítulo I.—De la naturaleza y forma de este contrato ... 195
Capítulo II.—Quiénes pueden comprar y vender ... 206
Capítulo III.—De los efectos del contrato cuando se ha perdido la cosa vendida ... 209
Capítulo IV.—De las cosas que puedan ser objeto de compra y venta ... 210
Capítulo V.—De las obligaciones del vendedor.
Seccion primera.—Disposiciones generales ... 213
Seccion segunda.—De la entrega de la cosa vendida ... 214
Seccion tercera.—Del saneamiento ... 221
§ I.—Del saneamiento en caso de eviccion ... 222
§ II.—Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa ... 229
Capítulo VI.—De las obligaciones del comprador ... 233
Capítulo VII.—De los pactos que pueden intervenir en el contrato de compra y venta ... 237
Capítulo VIII.—De los retractos.
Seccion primera.—Del retracto convencional ... 240
Seccion segunda.—Del retracto legal ... 244
Capítulo IX.—De la rescision y nulidad del contrato de compra y venta ... 257
TÍTULO IX.—*De la permuta* ... 264
TÍTULO X.—*Del contrato de arrendamiento.*
Capítulo I.—Disposiciones generales ... 267
Capítulo II.—Disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos ... 283

Páginas.

Capítulo III.—Disposiciones especiales relativas al arrendamiento de predios urbanos........ 289
Capítulo IV.—Del arrendamiento de trabajo y de la industria.
Seccion primera.—Del servicio de los criados y trabajadores asalariados.................. 292
Seccion segunda.—De las obras por ajuste ó precio alzado.............................. 297
Seccion tercera.—De los trasportes por agua ó tierra, tanto de personas como de cosas..... 299
Título XI.—*De los censos y otros contratos análogos.*
Capítulo I.—Disposiciones especiales relativas al censo enfitéutico...................... 301
Capítulo II.—Disposiciones especiales relativas al censo reservativo..................... 307
Capítulo III.—Disposiciones especiales relativas al censo consignativo................... 308
Capítulo IV.—Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores....................... 311
Título XII.—*De la sociedad.*
Capítulo I.—Disposiciones generales.. 317
Capítulo II.—De la sociedad universal.. 321
Capítulo III.—De la sociedad particular... 323
Capítulo IV.—De las obligaciones de los asociados... 324
Capítulo V.—De los modos de extinguirse la sociedad....................................... 329
Título XIII.—*Del mandato.*
Capítulo I.—De la naturaleza, forma y especies del mandato................................. 335
Capítulo II.—De las obligaciones del mandatario.. 339
Capítulo III.—De las obligaciones del mandante... 342
Título XIV.—*Del préstamo.*
Capítulo I.—Disposicion general.. 345
Capítulo II.—Del mutuo... 346
Capítulo III.—Del comodato... 358
Título XV.—*Del depósito.*
Capítulo I.—Del depósito en general y de sus diversas especies.............................. 362
Capítulo II.—Del depósito propiamente dicho.
Seccion primera.—De la naturaleza y esencia del contrato de depósito........................ 363
Seccion segunda.—Del depósito voluntario.. 364
Seccion tercera.—De las obligaciones del depositario.. 364
Seccion cuarta.—De las obligaciones del deponente... 368
Seccion quinta.—Del depósito necesario.. 368
Capítulo III.—Del secuestro.
Seccion primera.—De las diversas especies de secuestro...................................... 369
Seccion segunda.—Del secuestro convencional.. 370
Seccion tercera.—Del secuestro judicial.. 371
Título XVI.—*De los contratos aleatorios ó de suerte.*
Capítulo I.—Del juego y de la apuesta... 373
Capítulo II.—De la renta vitalicia.. 375
Título XVII.—*De las transacciones*... 378
Título XVIII.—*De las promesas*.. 382
Título XIX.—*De la fianza.*
Capítulo I.—De la naturaleza y extension de la fianza... 385
Capítulo II.—De los efectos de la fianza.
Seccion primera.—De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor..................... 388
Seccion segunda.—De los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor....................... 390
Seccion tercera.—De los efectos de la fianza entre los co-fiadores............................ 391
Capítulo III.—De la extincion de la fianza.. 393
Título XX.—*De la prenda*... 394
Título XXI.—*De las hipotecas.*
Capítulo I.—De las hipotecas en general... 408
Capítulo II.—De las hipotecas voluntarias... 430
Capítulo III.—De las hipotecas legales.. 434
Título XXII.—*Del registro público.*
Capítulo I.—De los títulos sujetos á inscripcion.. 439
Capítulo II.—De la forma y efectos de la inscripcion.. 460
Capítulo III.—De las anotaciones preventivas.. 499

Páginas.

Capítulo IV.—De la extincion de las inscripciones y anotaciones preventivas....... 512
Capítulo V.—Del modo de llevar los registros....... 524
Capítulo VI.—De la rectificacion de los asientos del registro....... 533
Capítulo VII.—De la direccion é inspeccion de los registros....... 536
Capítulo VIII.—De la publicidad de los registros....... 540
Capítulo IX.—Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores....... 544
Capítulo X.—De la responsabilidad de los registradores....... 548
Capítulo XI.—De los honorarios de los registradores....... 553
TÍTULO XXIII.—*Del tránsito del antiguo régimen hipotecario al moderno.*
Capítulo I.—De la liberacion de las hipotecas legales y los gravámenes existentes....... 558
Capítulo II.—De la inscripcion de las obligaciones contraídas y no inscritas ántes de la publicacion de la presente ley....... 572
Capítulo III.—De los libros de registro de las suprimidas contadurías de hipotecas, y su relacion con los abiertos por virtud de la ley de 8 de Febrero de 1861....... 585
TÍTULO XXIV.—*De los contratos innominados*....... 589
TÍTULO XXV.—*De las obligaciones que se contraen sin convencion.*
Capítulo I.—De los cuasi-contratos.
Seccion primera.—De la gestion de negocios....... 591
Seccion segunda.—Del pago de lo indebido....... 598
Capítulo II.—De las obligaciones que nacen del delito y de la culpa....... 605
TÍTULO XXVI.—*De la graduacion de acreedores.*
Capítulo I.—De los privilegios....... 606
Capítulo II.—De la clasificacion de los créditos....... 611
TÍTULO XXVII.—*De la prescripcion.*
Capítulo I.—Disposiciones generales....... 613
Capítulo II.—Requisitos de la prescripcion de bienes muebles....... 617
Capítulo III.—Requisitos de la prescripcion de bienes inmuebles....... 621
Capítulo IV.—De la prescripcion extraordinaria....... 623
Capítulo V.—De la prescripcion considerada como medio de libertarse....... 626
Capítulo VI.—De las causas que interrumpen ó suspenden el curso de la prescripcion....... 630
NOTA....... 632

FIN DEL ÍNDICE DEL SEGUNDO Y ÚLTIMO TOMO